



**Università degli studi di Cagliari e Goethe Universität di
Frankfurt am Main**

**Dottorato di ricerca
in Scienze giuridiche
ciclo XXIX**

**Analisi comparata dei delitti sessuali con particolare
riferimento agli elementi normativi culturali**

Settore scientifico disciplinare di afferenza: JUS/17

Dottoranda: Orrù Martina

Coordinatore del dottorato: prof. Cristiano Cicero

Tutors: prof. Giovanni Cocco e prof. dr. Cornelius Prittwitz

Esame finale anno accademico 2015 – 2016

Sessione settembre 2017



La presente tesi è stata prodotta durante la frequenza del corso di dottorato in Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Cagliari, a.a. 2013/2014 - XXIX ciclo, con il supporto di una borsa di studio finanziata con le risorse del P.O.R. SARDEGNA F.S.E. 2007-2013 - Obiettivo competitività regionale e occupazione, Asse IV Capitale umano, Linea di Attività 1.3.1 “Finanziamento di corsi di dottorato finalizzati alla formazione di capitale umano altamente specializzato, in particolare per i settori dell'ICT, delle nanotecnologie e delle biotecnologie, dell'energia e dello sviluppo sostenibile, dell'agroalimentare e dei materiali tradizionali”.

Martina Orrù gratefully acknowledges Sardinia Regional Government for the financial support of her PhD scholarship (P.O.R. Sardegna F.S.E. Operational Programme of the Autonomous Region of Sardinia, European Social Fund 2007-2013 - Axis IV Human Resources, Objective 1.3, Line of Activity 1.3.1.)”.

Galati 6, 7

INDICE SOMMARIO

Introduzione: Diritto penale e cultura.	7
CAPITOLO I: Gli elementi normativi della fattispecie penale.	
§ 1. Inquadramento storico–dogmatico.	14
§ 2. Gli elementi normativi della fattispecie penale. Considerazioni introduttive.	21
§ 3. Gli elementi normativi e la fattispecie penale.	
3.a. Riserva di legge.	28
3.b. Determinatezza.	33
3.c. Successione delle leggi nel tempo.	46
3.d. Errore.	48
CAPITOLO II: Gli elementi normativi culturali nei reati sessuali.	
§ 1. Introduzione.	60
§ 2. La tradizionale problematica dell'osceno.	60
2.a. I concetti di Unzucht und unzüchtige Handlungen.	60
2.b. L'osceno.	74
2.c. Considerazioni comparatistiche.	87
§ 3. La nozione di atti sessuali.	92
3.a. Die sexuelle Handlung.	92
3.b. La nozione di atti sessuali: i casi limite.	111
3.c. Considerazioni comparatistiche.	129
§ 4. La rappresentazione del sesso: la pornografia.	133
4.a. Il concetto di Pornographie.	133
4.b. La pedopornografia nel codice tedesco.	139
4.c. Il concetto di Pornografia.	151
4.d. Considerazioni comparatistiche.	162
Conclusioni.	165
Zusammenfassung.	170
Bibliografia.	176

ABBREVIAZIONI

ADPP: Annali di diritto e procedura penale
 Arch. Pen.: Archivio penale
 ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
 AT: allgemeiner Teil
 BayOLG: Bayerisches Oberlandesgericht
 BeckOnLK: Beck'scher Online Kommentar
 BGH: Bundesgerichtshof
 BT: besonderer Teil
 BVerfGE: Bundesverfassungsgericht
 Cass.: Cassazione
 Cp: Codice penale
 CP: Cassazione Penale
 CM: Corriere del Merito
 DII: Diritto dell'informazione e dell'informatica
 Dpen: Digesto delle discipline penalistiche
 DPP: Diritto penale e processo
 Ed.: Edizione - Auflage
 ED: Enciclopedia del diritto, Milano
 EDagg: Aggiornamento ED
 EG: Enciclopedia giuridica Treccani, Roma
 FI: Foro italiano
 FS: Festschrift – Studi in onore di
 GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht
 GD: Guida al diritto
 GG: Gazzetta giuridica
 GM: Giurisprudenza di merito
 GP: Giustizia Penale
 IP: Indice penale
 JA: Juristische Arbeitsblätter
 JR: Juristische Rundschau
 JuS: Juristische Schulung
 JZ: Juristenzeitung
 LG: Landgericht
 LP: Legislazione penale
 MschrKrim: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
 MüKoAnwK: Münchener Anwaltskommentar
 OLG: Oberlandesgericht
 NDI: Nuovo Digesto italiano
 NJW: Neue Juristische Wochenschrift
 NNDI: Novissimo Digesto Italiano
 NStW: Neue Zeitschrift für Strafrecht
 OWiG: Ordnungswidrigkeitengesetz
 P: Pretore
 PG: parte generale
 PS: parte speciale
 RCP: Responsabilità civile e previdenza
 RGStr: Reichsgericht für Strafsachen
 RIDPP: Rivista italiana di diritto e procedura penale
 RP: Rivista penale
 SI: Studium Iuris

StGB: Strafgesetzbuch

T.: Tribunale

v.: Voce

ZIS: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik

ZRP: Zeitschrift für Rechtspolitik

ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

ZUM: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

INTRODUZIONE

DIRITTO PENALE E CULTURA

La relazione tra diritto penale e *Kulturnormen*, quali norme sociali diffuse nella collettività in un dato momento storico ¹, sempre presente nel dibattito penalistico, assume oggi una nuova importanza e nuovi spunti di riflessione. Il *revival* che il tema sta vivendo è innegabile si ricolleggi all'intenso flusso migratorio che sta caratterizzando l'Europa, quale fenomeno che, modificando l'assetto demografico, fa emergere e convivere differenze culturali notevoli. Un dato di fatto, questo, che inevitabilmente genera delle ripercussioni in molteplici ambiti del diritto penale.

Focus del presente lavoro è la cultura come tratto caratterizzante gli elementi normativi extra-giuridici della fattispecie penale e, al contempo, loro criterio di *riempimento*. Tali elementi trovano ragion d'essere nelle tecniche di redazione *sintetica* delle norme penali, da intendersi come qualificazioni di sintesi, tramite i quali si rinvia ad una fonte esterna rispetto alla fattispecie incriminatrice, la quale funge da parametro per la regola di giudizio da applicare nel caso concreto ². Il diritto penale sessuale è un settore particolarmente ricco di esempi di normazione sintetica, da cui è possibile estrapolare concetti quali *osceno*, *atto sessuale* e *materiale pornografico*. La sussunzione di una condotta concreta nella categoria "atto sessuale" o di un prodotto come "pornografico" vede difatti applicare come criterio identificativo, non una norma giuridica, bensì l'insieme di quelle norme culturali, etiche e morali che sono presenti in una determinata società in un preciso momento storico. Il ruolo che questi *valori* assumono, è evidente, sia notevole, sebbene ciò collida con la loro rapida mutevolezza nel tempo e nello spazio. Il coefficiente di discrezionalità interpretativa affidato all'interprete, quale *rappresentante* della coscienza sociale,

¹ Cadoppi, Veneziani, *Elementi di diritto penale*, PG, 2015, 111.

² Fiandaca, Musco, PG, 91; Pagliaro, *Principi...*, 64.

alla base delle *Kulturnormen*, nel giudizio sul fatto concreto, è peraltro un elemento aggiuntivo di instabilità. Risultato dell'utilizzo degli elementi normativi culturali in materia sessuale è, come vedremo nella analisi dei singoli concetti, un quadro interpretativo estremamente disomogeneo, il quale contrasta con numerosi principi cardine del diritto penale. L'importanza che essi rappresentano dinanzi ad un illecito sessuale, nonché la devastante ripercussione sociale che un addebito di siffatta natura determina, invita a cercare nuove prospettive interpretative attraverso la comparazione con la normativa tedesca. Sebbene il panorama legislativo penale sia, soprattutto in materia di tutela sessuale dei minori, tendenzialmente stimolato a livello comunitario, gli esiti della relativa applicazione concreta, da parte degli stati membri, sono disomogenei³. La motivazione è da rinvenirsi nel substrato culturale che fonda ciascun diritto penale nazionale. Il termine di paragone individuato, difatti, non a caso è la *Bundesrepublik Deutschlands*, che oltre ad essere modello e patria del diritto penale, è anche caratterizzata dalla assenza di una spiccata influenza confessionale, che invece contraddistingue sistemi quale il nostro, la quale proprio in tema di sessualità gioca un ruolo importante. Ulteriore tratto caratterizzante il modello comparato è la sua esperienza, decisamente più matura rispetto a quella italiana, in tema di multiculturalismo: prova ne è la riforma del StGB del novembre 2016 con la introduzione della repressione della *sexuelle Belästigung* al §184i. Fattore scatenante l'intervento legislativo, come noto, sono stati gli eventi del *Silvesterabend* 2016 di Köln e Hamburg, ove l'interpretazione dell'elemento normativo *sexuelle Handlung* ha mostrato tutta la problematicità della sussunzione di una condotta in un elemento normativo di natura culturale. Il riempimento di valore di un, utilizzando l'espressione di Valerius⁴, *kulturoffene Tatbestandsmerkmale* trova, dal punto di vista della certezza del diritto e, quindi, dal punto di vista del

³ Cfr. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, 85.

⁴ Valerius B. *Kultur und Strafrecht*, 2011.

cittadino-potenziale agente, un notevole ostacolo dinnanzi ad un soggetto appartenente ad un'altra cultura, ancor più se facente parte di una cerchia di soggetti ancora in fase di socializzazione, come i migranti. Non stupisce, pertanto, la reazione del legislatore tedesco con l'istituzione del delitto di molestie sessuali. Essa rispecchia quello che è l'insegnamento di Mayer, padre delle *Kulturnormen*: la decisione di emanare una determinata norma penale sottintende generalmente il riconoscimento di quella specifica norma culturale – e, di conseguenza, il rifiuto di una norma culturale configgente⁵.

Il diritto penale, sostiene autorevole dottrina, è in gran misura dipendente dalle norme sociali (*sozialnormabhängig*)⁶ e deve rispecchiare il più possibile le norme di cultura diffuse nella coscienza sociale⁷, le quali non sono statiche, bensì dinamiche, in quanto si evolvono⁸. La dottrina tedesca considera il diritto penale, così come ogni ramo del diritto, *geschichtlich*⁹. Una delle sfaccettature della storicità del diritto penale è che esso viene inteso come un “fenomeno culturale” nel senso che, da un lato, è influenzato dagli sviluppi culturali e dall'altro deve trovare nel confronto con la cultura la sua giustezza (*Richtigkeit*)¹⁰. La dipendenza del diritto penale dalla cultura e dai mutamenti sociali non significa che esso debba meramente raffigurarli pedissequamente: il diritto penale, difatti, deve elaborare detti mutamenti sociali alla luce dei suoi principi e dei suoi strumenti. Il diritto penale non può, pertanto, allontanarsi troppo da quelle che sono le evoluzioni sociali e culturali, in quanto diversamente la norma diventerebbe incomprensibile, atavica e obsoleta¹¹. Il processo di costante *riequilibrio* che contraddistingue il rapporto tra diritto penale e mutamenti socio-culturali è, dunque, un essenziale fenomeno tramite

⁵ Mayer, 45.

⁶ Hassemer, *Vielfalt und Wandel*, 170; Valerius B., 59.

⁷ Cadoppi-Veneziani, *Elementi...*, 74.

⁸ Hilgendorf, *Strafrecht und Intekulturalität*, JZ 3/2009, 140.

⁹ Kaufmann A., *Naturrecht*, 17 e ss.

¹⁰ Maihofer, ARSP, 44, 1958, 160 e ss.

¹¹ Hassemer-Neumann, pre §1 StGB, 330.

il quale si rende sempre attuale il precetto.

La compenetrazione tra norma sociale e diritto penale permette di ricavare due tratti caratterizzanti il diritto penale: il suo *localismo* e la sua *non neutralità culturale*¹². Il diritto penale presenta uno spiccato carattere territoriale, egli è strettamente connesso ad una determinata area geografica, e ha “la caratteristica di essere un ‘prodotto tipico locale’ destinato ad una consumazione solo *in loco*”¹³. Il localismo determina, pertanto, che il diritto penale non possa rispecchiare una neutralità culturale: egli viene, appunto, influenzato profondamente dalle norme di cultura diffuse tra quel determinato popolo che l’ha coniato e su di esse verrà modellato, determinando che non possa essere *interkulturell beweglich*¹⁴. La complessità del rapporto tra diritto penale e cultura, tra gli altri, ha da confrontarsi con la molteplicità di *culture* presenti in un dato territorio, ma soprattutto con il fatto che il contenuto della norma penale verrà cristallizzato a seconda della *Wertvorstellung* della classe dominante in sede legislativa.

Tra le numerose sfaccettature che caratterizzano l’influenza della cultura nel diritto penale odierno, merita particolare attenzione il ruolo che svolgono le norme di cultura nell’*Ausfüllung* di un elemento normativo della fattispecie penale. La tecnica redazionale adottata dal legislatore italiano nella normativa a tutela della moralità pubblica prima e dell’autodeterminazione sessuale poi ha visto l’utilizzo di elementi normativi, i quali “possono essere pensati e rappresentati solo sotto il presupposto logico di una norma”¹⁵, in questo caso, culturale. La loro presenza nel codice¹⁶ è a dimostrazione della intersecazione tra le norme penali e le norme culturali¹⁷ e rivelativa del legame che sussiste tra

¹² Basile, 76.

¹³ Basile, 76.

¹⁴ Hassemer, *Vielfalt...*, 157.

¹⁵ Engisch, *Die normative Tatbestandselemente im Strafrecht*, Mezger FS, 1954, 147.

¹⁶ Per una ampia delimitazione degli elementi normativi culturali nel codice penale, v. Basile, 134 e ss.

¹⁷ Basile, 133. Circa le tre teorie formulate per dimostrare i nessi tra diritto penale e cultura, v.

diritto penale e morale ¹⁸. L'elemento normativo culturale, difatti, funge da veicolo, per espressa volontà legislativa, per l'ingresso nella norma penale di una norma culturale ¹⁹.

Che la cultura sia un fattore determinante nella normativa penale sessuale è un dato di fatto anche in Germania. Prima della IV Riforma del StGB il titolo ad essa dedicato (XIII *Abschnitt*) era appunto intitolato *Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit* (moralità pubblica), non lasciando adito a dubbi circa la forte commistione tra diritto penale e morale. La citata riforma ha avuto origine, difatti, dalle intense modifiche culturali avvenute in Germania nel secondo dopo guerra ²⁰, le quali mal si conciliavano con il *rigorismo di valori monistico* ²¹ della precedente normativa. Oltre al *kulturoffene Tatbestandsmerkmale* ²² di *Unzucht* (osce-no) che contraddistingue pressoché tutte le fattispecie presenti nel Titolo XIII del StGB, e che sarà oggetto di studio nel proseguito, l'influenza di preconcetti culturali è ravvisabile nella presenza di delitti come la *Kuppelei* (lenocinio) *Homosexualität*, *Unzucht under Verlobten* (atti osceni tra fidanzati) o *Unzucht mit Tiere* (atti osceni con animali). Nonostante l'abbandono della tutela della moralità pubblica e l'accoglimento della *sexuelle Selbstbestimmung* (autodeterminazione sessuale), le opinioni della società in tema di morale sessuale continuano ad influenzare notevolmente il diritto penale ²³. Del resto è chiaro che il cambiamento più o meno rapido delle concezioni culturali incide in materia penale quando non sono lesi beni giuridici, ma mere concezioni morali ²⁴. A riguardo la nota sentenza del BGH *Fanny-Hill* della fine anni '60, e dunque ben prima della IV riforma del StGB, lapidaria affermava che "*Das Strafgesetz hat nicht die Aufgabe,*

Basile, 96 e ss.

¹⁸ Guarneri, *Morale e diritto*, GP, 1946, 332; Ambrosetti-Mezzetti-Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, 2009, 12.

¹⁹ Bianchi D'Espinosa, in *Valori socioculturali nella giurisprudenza*, 1970, 4.

²⁰ Renzikowsky, pre§174, MüKo 2017, 6.

²¹ Renzikowsky, 6.

²² Così si esprime Valerius, 59.

²³ Renzikowski, 6; Hörnle, pre §174, LK StGB, 27.

²⁴ Cocco, in Cocco-Ambrosetti, MDP, pg I 1, La legge penale, 2016, 12.

auf geschlechtlichem Gebiet einen moralischen Standard des erwachsenen Bürgers durchzusetzen, sondern es hat die Sozialordnung der Gemeinschaft vor Störungen und groben Belästigungen zu schützen"²⁵. Le più aspre critiche circa il mero fondamento moraleggiante di alcune ipotesi di reato sono state formulate, tra le altre, in tema di pornografia²⁶. Si pensi al perseguimento della cosiddetta *Tierpornographie*, al possesso di materiale pornografico minorile o alle condotte legate al materiale pedopornografico virtuale. La loro incriminazione, eppure, risponde allo schema logico formulato da Mayer, e ripreso dalla dottrina italiana da parte di Caddoppi, della repressione (penale) di condotte che appaiano in contrasto con le *Kulturnormen*, in ordine alle quali la società ravvisa un disvalore notevole²⁷. Il ricorso al diritto penale, quale *extrema ratio*, ha tuttavia necessità di un fondamento ulteriore, l'identificazione di un bene giuridico²⁸ che, in fattispecie quali quelle citate, è di difficile individuazione o è comunque difficile comprenderne l'esatta portata. Uno degli effetti più evidenti delle teorie liberali e della concezione del bene giuridico è per l'appunto la negazione di legittimità alla tutela di pure e semplici concezioni morali o di valore²⁹. Il bene giuridico, peraltro, ha assunto nel codice penale tedesco anche il ruolo di criterio di riempimento di valore nell'elemento normativo *sexuelle Handlung* di cui al §184h StGB. Il legislatore definisce atto sessuale quella condotta che, nell'ottica del bene giuridico protetto, è rilevante³⁰. Accennando solo alla questione, che verrà ripresa a conclusione della esposizione del contenuto dei vari elementi normativi culturali in materia sessuale, preme fin da subito evidenziare come la stessa autodeterminazione sessuale, oggetto di tutela, sia un elemento soggetto alla cultura e

²⁵ BGH I 22.7.1969, n. 456/68.

²⁶ Hörnle, *Grob anstößiger Verhalten*, 2005, 410 e ss.

²⁷ Sul tema v. Delsignore, *I reati di pornografia minorile quale banco di prova per la laicità e il necessario orientamento ai valori del diritto penale*, in *Laicità e valori penali*, 29 e ss.

²⁸ Sostenitore della teoria del bene giuridico, Roxin sostiene che compito del diritto penale è la protezione dei beni giuridici, in Roxin, *Strafrecht AT*, 2006, §2, 1.

²⁹ Cocco, 12.

³⁰ §184h: "...nur solche, die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sind...".

alla morale, ancor più se i soggetti in questione non appartengono alla medesima cerchia culturale, etnica o religiosa che sia.

CAPITOLO 1

GLI ELEMENTI NORMATIVI DELLA FATTISPECIE PENALE

§1 Inquadramento storico-dogmatico – L'origine del termine *normative Tatbestandsmerkmale* in senso penalistico risale a Max Ernst Mayer, il quale lo illustra nel suo *Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts* del 1915, rielaborando un concetto già di derivazione belinghiana. Benché egli risulti essere il pioniere, tale istituto non era propriamente sconosciuto alla dottrina tedesca, il quale però assumeva le sembianze dei cosiddetti *Würdigungsbegriffe*.

Mayer attua un affinamento e potenziamento del pensiero belinghiano e localizza i precetti e divieti rivolti al singolo nelle *Kulturnormen* riconosciute dallo Stato. Solo attraverso tale determinazione può essere in linea di principio stabilito quale condotta sia *rechtswidrig*. Le norme culturali, pertanto, sono il criterio per determinare il rimprovero penale e come tali sono socialmente ancorate ³¹. Dunque dall'emanazione di una determinata norma penale deriva l'implicito riconoscimento della sottostante norma culturale e, di converso, il rifiuto di quella confliggente ³².

Tali brevi considerazioni si ricollegano alla netta cesura che sia Beling che Mayer delineano tra tipicità e antigiuridicità: ritengono che la *Straftatbestand* rappresenti una mera descrizione oggettiva di una condotta e come tale mero *Erkenntnisgrund* e *Erkenntnisquelle* della sussistenza della *Rechtswidrigkeit* ³³. Il *Tatbestand* però non è considerato da Mayer un dato *wertfrei*, ossia privo di giudizi di valore, assiologici. Sussiste una zona grigia tra tipicità e antigiuridicità, laddove si collocano quei concetti presenti nella fattispecie tipica che non appaiono come meri indizi, bensì eccezionalmente come *ratio essendi* della antigiuridicità

³¹ Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1903, 17.

³² Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrecht*, Heidelberg, 1915, 45.

³³ Kuhli M., *Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrechtlichen Rechtsanwendung: institutionelle, rechtsverweisende und dichte Elemente im Strafrecht*, 2015, 50.

³⁴. È proprio da tale considerazione che gli elementi normativi assumono la forma di *unechte Tatbestandsmerkmale* (in quanto corpo estraneo in un dato *wertfrei*) e di *echte Rechtswidrigkeitselemente*³⁵.

Secondo la concezione di Mayer gli elementi normativi della fattispecie sono quegli elementi di una fattispecie tipica, i quali hanno un significato “*wertbestimmend*”; essi non sono in relazione causale con l’attività volitiva e la loro realizzazione risiede esclusivamente nel mondo giuridico: non sono accessibili attraverso la percezione sensoriale, ad es. *Fremdheit einer Sache* nella fattispecie di furto)³⁶, che evidenzia come Meyer classifica *normative Tatbestandsmerkmalen* gli elementi che rimandano ad ordinamenti extra-penali.

Sebbene a Mayer vada riconosciuto il merito di avere rivolto per primo l’attenzione agli elementi normativi, tale rivoluzionario apporto è risultato essere come l’apertura del vaso di Pandora. La attenta dottrina d’oltralpe taccia da subito lo studioso di avere affrontato il tema senza comprenderne appieno portata e significato³⁷.

Il giurista Max Grünhut³⁸ punta l’attenzione sui problemi che gli elementi normativi determinano nella fase legislativa e in quella giurisprudenziale. Egli ritiene che un utilizzo opportuno delle leggi non può avere come parametri interpretativi solo il volere storico del legislatore e il testo della norma in questione, ma è necessaria una interpretazione teleologica, orientata cioè allo scopo perseguito dalla norma³⁹. L’attività di sussunzione di una circostanza di fatto sotto una determinata fattispecie penale richiede, secondo l’autore, tre diverse attività intellettuali: una constatazione descrittiva, un giudizio cognitivo ed una valutazione normativa. Per Grünhut l’utilizzo di elementi *deskriptive* o *faktische*,

³⁴ Lo stesso Meyer tentò di fornire una risposta alla questione dell’errore. Critico Ruggiero, 76.

³⁵ Mayer, 184.

³⁶ Mayer, 183.

³⁷ Sauer, 14.

³⁸ Grünhut, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1926; Grünhut, in *Festgabe Frank*, Bd. 1, 1930.

³⁹ Grünhut, in *FG Frank*, 1.

la cui funzione risiede nella mera descrizione di una azione, richiede dal giudice una mera attività intellettuale sotto forma di una constatazione e sussunzione conclusiva logica del fatto ⁴⁰. Il legislatore, tuttavia, accanto a detti elementi descrittivi impiega anche quelli di natura normativa, tra cui, nella prospettiva dell'uso giurisprudenziale, l'autore considera gli elementi che richiedono non una constatazione fattuale, bensì un giudizio di valore giuridico ⁴¹. Con il ricorso ad un *Werturteil* giuridico si apporta un criterio alla determinazione dell'essenza degli elementi normativi, che non è dato trovare espressa in Mayer ⁴². Secondo la prospettiva di Grünhut si può distinguere, inoltre, tra gli elementi normativi *specifico-giuridici* e quelli di carattere *generale* ⁴³. Si tratta di concetti i quali non si riferiscono immediatamente all'oggetto del mondo dell'apparire reale, bensì riguardano strutture di pensiero dell'ordinamento giuridico positivo (cita come esempi: *Fremdheit, Rechtmäßigkeit der Amtausübung*). Un *Werturteil* giuridico è necessario nell'uso giurisprudenziale, in ordine al quale il giudice potrebbe dover ricorrere anche ad altri ambiti giuridici. Con la categoria degli elementi normativi *generali* della fattispecie ci si riferisce rispettivamente alla già citata categoria di Zitelmann dei *Wurdigungsbegriffe* ⁴⁴ e si intendono concetti quali *Übermaß, Unzücht*; concetti quindi, presso i quali la legge si aspetta dal giudice un giudizio in base all'esperienza della vita generale, una valutazione *extra-giuridica* ⁴⁵. Tanto più il giudice deve ricorrere ad istituti extra-giuridici tanto più passa in secondo piano il fondamentale mero carattere logico dell'applicazione giurisprudenziale. Conseguenza inevitabile è l'indeterminatezza, la quale viene giustificata dal Grünhut attraverso una saggia autolimitazione da parte della legge, in ordine alla quale le espressioni dovranno assumere carattere elastico ⁴⁶.

⁴⁰ Grünhut, *Begriffbildung...*, 5.

⁴¹ Grünhut, *Begriffbildung...*, 5.

⁴² Kuhli, 58.

⁴³ Grünhut, *Begriffbildung...*, 5 e ss.

⁴⁴ Zitelmann, *Die Kunst der Gesetzgebung*, 1904, 40.

⁴⁵ Grünhut, *Begriffbildung...*, 21.

⁴⁶ Grünhut, *Begriffbildung...*, 5.

Con tale affermazione l'autore intende ribadire come il legislatore debba rendere giustizia alla *poliedricità della vita*; un tale fondamento possiede validità in via primaria per gli elementi normativi generali, non tuttavia per gli elementi normativi specifico-giuridici: essi sono regolarmente non meno precisi dei cd. elementi *deskriptive*, ossia *faktische*.

Così come Grünhut, anche Mezger analizza gli elementi normativi in relazione al rapporto con l'attività legislativa e l'uso giurisprudenziale. La sua impostazione però si discosta da quella belinghiana, delineando la fattispecie tipica come una *tipizzazione dell'illecito*⁴⁷. L'autore sostiene che la constatazione che una condotta sia tipica, contenga già di per sé un giudizio di valore, sebbene tale sia solo di natura provvisoria, in quanto non intervenga un particolare elemento di giustificazione. Perciò, la tipicità di una condotta deve rappresentare non un mero indizio *wertfrei*, bensì, salvo la possibilità di una particolare esclusione dell'illiceità nel singolo caso, il fondamento della antigiuridicità.

Secondo l'impostazione di Mezger esistono elementi della fattispecie *descrittivi* e *cognitivi*⁴⁸, a seconda che siano assunti nella prospettiva del legislatore o del giudice. Al fine di fondare la differenziazione tra elementi cognitivi e normativi, l'autore fa riferimento rispettivamente ai procedimenti cognitivo e normativo. Secondo il primo la conoscenza (*Erkenntnis*) di un dato oggetto viene compresa attraverso il risultato di una valutazione fattuale (*Tatsachenurteil*), mentre nel secondo la valutazione (*Bewertung/Gestaltung*) dell'oggetto viene intesa attraverso il risultato di un giudizio di valore (*Werturteil*)⁴⁹. Data questa premessa, Metzger qualifica come descrittivi quegli elementi riguardo ai quali la legge penale esige dal giudicante la sola attività cognitiva, mentre come normativi quegli elementi in relazione ai quali, invece, è richiesta una attività normativo-valutativa, ossia non viene eseguito alcun *Werturteil* sulle circostanze di fatto.

⁴⁷ Mezger, FS Traeger, 1926, 187.

⁴⁸ Mezger, 216 e ss.

⁴⁹ Mezger, 187.

Alla base di ogni attività cognitiva sussiste, tuttavia, secondo lo Studioso, un processo creativo ⁵⁰: una affermazione che dunque allude al fatto che i confini tra elementi descrittivi e normativi non si intendono affatto rigidi ⁵¹.

Nel corso della vita dell'autore, accanto alla ripartizione esposta, si sviluppa una ulteriore importante analisi, che sfocia nell'ulteriore suddivisione degli elementi normativi della fattispecie secondo il complesso di norme a cui essi fanno riferimento. Dal punto di vista cronologico, Mezger delinea nel suo contributo nel *Festschrift für Ludwig Traeger*, i cosiddetti *Wertungsdelikte*, i quali possono assumere il carattere di *rechtlich*, *kulturel* o *subjektiv*. Nel caso dei *rechtlichen Würdigungsdelikte* il legislatore rimanda, con l'aiuto degli elementi normativi presenti nella fattispecie astratta, a valutazioni giuridiche di altri settori dell'ordinamento; classico esempio è il rinvio al criterio civilistico per la determinazione del concetto di altruità. Il rinvio, inoltre, può riferirsi a tutta quella serie di valutazioni di carattere etico, sociale, scientifico o comunque generalmente culturali, che per loro natura, tuttavia, sono estremamente vaghe. Benché delineata come categoria complementare a quella giuridica, Mezger sottolinea come, piuttosto, quest'ultima debba essere intesa come un insieme di casi specifici e vada ricompresa in una categoria culturale. Esempio paradigmatico è proprio quello di *Unzucht*, che per sua natura fa necessariamente riferimento alle norme della morale, del decoro, del buon costume (*Sitte und Moral*).

Terza e controversa tipologia è quella soggettiva, la quale rimanderebbe alle valutazioni soggettive, appunto, del giudice. L'autore, peraltro, non ne fornisce alcun esempio e alcuna chiara delimitazione funzionale ⁵².

Nel proseguo dei suoi studi, l'autore propone un approccio al fenomeno leggermente diverso. Il manuale del 1949 ⁵³, infatti, delinea la seguente ripartizione: *Elemente mit rechtlicher Bewertung*, *Elemente mit kultureller Bewertung* e *Elemente*

⁵⁰ Mezger, 187.

⁵¹ Class, *Grenz des Tatbestandes*, 165.

⁵² Kuhli, 66.

⁵³ Mezger, *Lehrbuch*, 3 ed., 1949, 192.

richterlicher Sinnerfabrung. Delineando i primi come quegli elementi che fanno riferimento ad un complesso di norme di natura giuridica ed i secondi a norme di natura extra-giuridica⁵⁴. I *richterliche Sinnerfabrung* per Mezger giocano un ruolo importante nella categoria dei *Außerungsdelikten* (ossia minacce, offese e spergiuri): il soddisfacimento del requisito della tipicità (*Tatbestandsmäßigkeit*) dipende, per l'appunto, dall'accertamento del *sensu* della dichiarazione.

Si deve a Mezger, inoltre, un ulteriore sviluppo della tematica degli *Elemente kognitiver Beurteilung*. Mentre nel contributo a Traeger del 1926⁵⁵ vengono contrassegnati ancora come descrittivi, successivamente, nel *Lehrbuch* del 1949⁵⁶ sono collocati tra gli elementi descrittivi e quelli normativi, e, in una successiva edizione⁵⁷, son infine inglobati all'interno degli elementi normativi.

L'ottica di Wolf si distacca leggermente da quelle fino ad ora esaminate. Egli, invero, mette in secondo piano le ripartizioni enunciate da Grünhut e Mezger e sostiene una concezione degli elementi normativi intesa in senso stretto e in senso ampio⁵⁸. L'impostazione wolfiana poggia sulle considerazioni teoretico-conoscitive neokantiane, secondo le quali il procedimento cognitivo non delinea una mera descrizione o rappresentazione della realtà empirica, bensì un cambiamento e semplificazione concettuale⁵⁹. Analoghe considerazioni andranno trasposte a quelle circostanze di fatto che siano da sussumere sotto un ordinamento giuridico⁶⁰.

Per quanto riguarda la legislazione penale, Wolf ritiene che ogni *Begriffsbildung* soccombe ad un metodo *wertbeziehend*⁶¹, ma ancora più determinante è l'affermazione che gli elementi della fattispecie, date le loro proprietà e la circostanza di essere ammessi all'interno di una norma giuridica, assumono la qualità

⁵⁴ Kuhli, 67.

⁵⁵ Mezger, *FS Traeger*, 218-221.

⁵⁶ Mezger, *Lehrbuch...*, 191.

⁵⁷ Mezger-Blei, *Strafrecht AT*, 15 ed. 1973, 110 e ss.

⁵⁸ Crit. Ruggiero, *Gli elementi normativi...*, 49 e ss.

⁵⁹ Kuhli, 68; Rickert, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6/7 ed., 1926, 29-31.

⁶⁰ Kuhli, 68.

⁶¹ Wolf, *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit*, 1931, 8.

di *giuridici*, o meglio *normativi* ⁶², essi subiscono una cosiddetta *juristisch-methodologische Umformung*.

La concezione di normatività in senso stretto, invece, ricomprende i *Wertbegriffe*, i quali assumono il carattere di *wertgefüllt* (o *wertaussfüllbar*) o *wertaussfüllungsbedürftig*. Alla prima tipologia appartengono i cosiddetti concetti di valore giuridico, per quanto la loro interpretazione sia solida, e i *conceiti di valore culturale*, i quali rimandino a dei criteri di valore saldi; mentre nei secondi ricadono tutti quegli elementi più o meno soggetti a valutazioni dell'interprete ^{63 64}.

Seguendo l'impostazione di Mezger, anche Wolf ritiene che il *Tatbestand* sia da intendere come un illecito tipizzato, di modo che gli elementi normativi non costituiscano dei fenomeni eccezionali ⁶⁵.

L'approccio di Welzel al tema degli elementi normativi è influenzato dalla sua posizione critica verso le teorie neokantiane, che invece caratterizzano gli autori precedentemente trattati: egli, infatti, rinnega la visione del *Tatbestand* come un dato meramente amorfo e naturalistico ⁶⁶. Diversamente da Wolf, Welzel propende per una generale descrittività, benché ritenga che solo alcune azioni umane possano essere percepite con i sensi, mentre altre invece possono esserlo solo spiritualmente, intellettualmente ⁶⁷. Quando un *Tatumstand*, appunto, è percepibile sensorialmente viene considerato descrittivo *in senso stretto*, mentre al contrario, quando la percezione sia *geistig*, assume carattere normativo ⁶⁸.

⁶² Wolf, 11.

⁶³ Wolf, 57.

⁶⁴ È proprio in relazione a questi ultimi che una attenta dottrina (Kuhli, *Normative...*,71) vede una assonanza con la categoria dei *Elemente mit kulturelle Bewertung* di Mezger e i *normative Merkmale allgemeineren Charakter* di Grünhut.

⁶⁵ Wolf, 57.

⁶⁶ Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, 29.

⁶⁷ Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed., 1969, 75.

⁶⁸ Welzel, *Das deutsche...*, 75.

Fondamentale contributo nella delineazione degli elementi normativi della fattispecie è, infine, quello di Karl Engisch ⁶⁹, il quale pone in luce le molteplici problematiche legate al tema. La sua attenta e complessa analisi guarda con attenzione alle diverse accezioni di *Tatbestand* proposte dalla dottrina. Egli ritiene che siano descrittivi quegli elementi descrivibili in via naturalistica e la cui determinazione sia integralmente oggetto di un “accertamento reale”. Sono elementi normativi della fattispecie tutti quelli che non debbano essere oggetto di un tale accertamento; essi si distinguono per poter essere rappresentati e pensati solo sul presupposto logico di una norma ⁷⁰. Assumono tuttavia la natura di elementi giuridici o etico-sociali a seconda della norma che integra il loro contenuto, sebbene non assuma significato per l'autore la assolutezza o la relatività dei presupposti logici e dei valori di riferimento alla base della norma. Come Mezger, anche Engisch evidenzia l'intreccio strutturale tra elementi descrittivi e normativi, benché ciò non rappresenti un ostacolo della delineazione della categoria degli elementi normativi. Tale intreccio, si evidenzia, è la conseguenza della mancata risoluzione del rapporto tra norma e valore, che anche in Engisch non ha trovato risposta⁷¹.

§ 2. Gli elementi normativi della fattispecie penale. Considerazioni introduttive. - La dogmatica degli elementi normativi della fattispecie penale, nonostante le origini ormai risalenti, rimane un tema particolarmente controverso e spesso non approfondito a causa anche della sua complessità. Il quadro è complicato dall'affiancarsi della problematica del rapporto tra linguaggio e norma penale, che rappresenta un evidente coefficiente di instabilità, e dalla affinità con le *norme penali in bianco* ⁷².

⁶⁹ Engisch, *Die normative Tatbestandselemente*.

⁷⁰ Engisch, 147.

⁷¹ Risicato, 53.

⁷² Cfr. Sternberg-Lieben-Schuster, S/S, §15, 103; Bülte, *Blankette und normative Tatbestandsmerkmale: zur Bedeutung von Verweisungen in Strafgesetzen*, JuS 9/2015, 769 e ss.; Puppe,

Secondo l'opinione tradizionale, il legislatore utilizza nella architettura di una norma penale due tipologie di concetti, descrittivi e normativi, i quali posso essere impiegati sia per contrassegnare esternamente (oggettivamente) sia interiormente (soggettivamente) delle circostanze. Nella trattazione dell'istituto la dottrina spesso si è cimentata nella proposta di nuove denominazioni, lasciando tuttavia sostanzialmente immutato il contenuto, in relazione al quale sussiste generalmente, appunto, un'ampia concordia ⁷³.

Gli elementi descrittivi, o cognitivi ⁷⁴, della fattispecie sono concetti, i quali possono essere attinti sia dalla lingua quotidiana, sia dagli usi linguistici giuridici. Essi descrivono gli oggetti del mondo reale e sono resi accessibili tramite una *constatazione dei dati di fatto* e per questo motivo possono essere appresi anche come *beschreibend* (ossia, che descrivono). Gli elementi descrittivi, o meglio, i fatti che essi integrano, vengono percepiti *immediatamente* attraverso i sensi, senza un *atto di comprensione intellettuale* ⁷⁵. In realtà, tali caratteri classici, e unanimemente accolti, vengono riconosciuti sussistenti solo in quegli elementi intesi nella loro forma pura (*Reinform*) ⁷⁶: la dottrina più recente, difatti, ritiene che una buona parte degli elementi descrittivi possa acquistare un preciso significato solo attraverso il riferimento ad una norma ⁷⁷.

Gli elementi descrittivi contrassegnano, secondo una dottrina ⁷⁸, gli oggetti del cosiddetto *äußeren Sinneswelt*, ossia del mondo sensoriale esterno, percepibili direttamente con i sensi. In tale categoria possono ricomprendersi elementi

Nk§16, 63 e ss; M-Zipf I 37/48; Papatasiou, *Irrtum...*, 40 e ss..

⁷³ La tesi degli autori si basa sulla impostazione tradizionale di cui Mayer, *Lehrbuch*, 182 e ss.; Mezger, FS Traeger, 221 e ss; Grünhut, *FG Frank*, I, 21 e ss; Kunert, *Die normative Merkmale*, 89 e ss; Engisch, *FS Metzger*, 142; Baumann-Weber, AT, 129 e ss; Kinderhäuser, Jura 1984, 465 e ss; Maurach-Zipf, AT, I, §20, Rn. 55; Schlüchter, *Irrtum...*, 3 e ss; Vogel, LK §16, 23. *Crit.* Verso la classica ripartizione Dopsloff GA 1987,1; Stratenwerth/Kuhlen 8/69.

⁷⁴ Sternberg-Lieben-Schuster, S/S, §15, 18.

⁷⁵ Roxin, AT I, 12/100; Kinderhäuser AT 27/23; Sternberg-Lieben, S/S, §15, 18; Joecks, 70.

⁷⁶ Rengier, AT, 2015, §8, 11.

⁷⁷ Sternberg-Liegen, 290; §15, 20; Eisele, pre §13, 64; Pulitanò, DP, 2011, 153.

⁷⁸ Jescheck-Weigend, §26, IV, 1; Sternberg-Lieben-Schuster, §15, 18; crit. Kinderhäuser, Jura 84, 465.

quali *Mensch* (§ 211, uomo), *Gebäude* (§ 243, edificio), *elektrische Anlage* (§ 248c, impianto elettrico), etc.. Le proprietà descrittive vengono, tuttavia, riconosciute, da alcuni autori, altresì in capo a quegli elementi che contraddistinguono il mondo sensoriale interno (*innerseelischen Welt*) tra i quali viene inteso *Habgier* (§ 211 II, avidità), *Zueignungsabsicht* (§ 242, intenzione di appropriarsi), *Ärgernis* (§ 183a, scandalo)⁷⁹. Sono considerati, altresì, descrittivi quei concetti i quali connotano una valutazione quantitativa, come condotte di *einiger Erheblichkeit* (§ 184c n.1, di notevole rilevanza) o cognitiva, come *Falschheit der Aussage* (§ 153, falsità di una dichiarazione), *Gefahr* (§ 315a, pericolo) o *gefährliches Werkzeug* (§ 223a, utensili pericolosi). Descrittivi sono inoltre quegli elementi i quali contrassegnano, sotto l'utilizzo della lingua parlata, concetti determinati contenuti in fattispecie giuridiche, come *Fahrrad* (§ 248b, bicicletta) o *Beischlaf* (§ 177, rapporto sessuale)⁸⁰.

Gli elementi normativi, invece, si riferiscono a circostanze, le quali possono essere pensate e rappresentate esclusivamente sotto il logico presupposto di una norma⁸¹. Nell'individuazione del contenuto degli elementi normativi è necessario un *atto di comprensione intellettuale* o un giudizio valutativo⁸². La loro *Wertausfüllungsbedürftigkeit*, ossia necessità di essere riempiti di valore, determina che, ai fini dell'interpretazione, la relazione tra il concetto e la relativa norma assuma una valenza essenziale⁸³. Le più recenti impostazioni riconoscono in essi, tuttavia, un momento della realtà sensoriale percepibile, così presentando una connessione con il mondo dei fatti⁸⁴, scorgendo pertanto una qualche traccia di descrittività. Si ascrivono a questa categoria i concetti giuridici puri (*Rechtsbegriffe*), i concetti relativi ai valori (*wertbezügliche Begriffe*) e i concetti relati-

⁷⁹ Sternberg-Lieben-Schuster, 18.

⁸⁰ Jescheck-Weigend, §26, IV, 1.

⁸¹ Engisch, 147; Schlüchter, *Irrtum...*, 7; Schmitz, §1, 47.

⁸² Roxin, AT I, 12/100; Kinderhäuser AT 27/23; Sternberg-Lieben-Schuster, 9; Joecks, MüKo 2017, §16, 70.

⁸³ Schmitz, 47.

⁸⁴ Jescheck-Weigend, § 26, 2; Sternberg-Lieben-Schuster, 19; Kundlich, BeckOnLK, 2016, §15, 13.1.

vi ai sensi (*sinnbezügliche Begriffe*)⁸⁵. Tra gli esempi dei cosiddetti *Rechtsbegriffe* si cita *Ehe* (§ 171, coppia), *Daten* (§ 202a, dati), *Urkunde* (§ 267, documento), etc.. Tra i *wertbezügliche Begriffe* i *niedrige Beweggründe* (§211 II, motivi abietti) o i *gute Sitten* (§ 226 a, il buon costume). La terza categoria, invece, i *sinnbezügliche Begriffe*, ricomprende *Menschenwürde* (§ 130, dignità umana), *sexuelle Handlung* (§ 176 e ss., atti sessuali), *Geheimnis* (§ 203, segreto).

La classica partizione descrittivo/normativo sembra assumere un ruolo più di facciata, per rispetto della tradizione, che di sostanza. La letteratura contemporanea sembra riconoscere sempre meno spazio agli elementi descrittivi. Isolate sono le voci che assicurano ad essi, nella formulazione *pura*, un ruolo seppur marginale, che pare essere un estremo tentativo di salvare la tradizione, più che un convinto di riconoscimento.

Molteplici prese di posizione, al contrario, mostrano particolare attrazione verso la classica tesi della normatività di tutti gli elementi della fattispecie, secondo cui la collocazione degli elementi descrittivi nel tessuto legislativo determina una loro configurazione normativa⁸⁶. L'assolutezza e l'*empiricità* degli elementi descrittivi trova il punto debole dinnanzi alle numerose ipotesi che si collocano in una zona grigia, ove si può giungere ad una concreta comprensione e interpretazione del concetto solo facendo riferimento ad aspetti normativi. L'esempio classico è l'elemento *Mensch, Person*, in ordine al quale la mera percezione sensoriale del fatto non è sufficiente: si pensi alla problematica dell'inizio e della fine della vita di un uomo nella fattispecie di cui al § 212 StGB⁸⁷. Tali considerazioni, a ben vedere, possono valere per qualsiasi elemento comunemente ricompreso nell'ottica descrittiva.

Il principio di determinatezza negli elementi della fattispecie penale, come vedremo, è stato il banco di prova per il riconoscimento di una qualche so-

⁸⁵ Jescheck-Weigend, IV §26, 2.

⁸⁶ Per il rigetto della ripartizione Walter, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, 219; Gössel, GA 06, 279, 281.

⁸⁷ Sternberg-Lieben, JuS 4/2012, 290; Schmitz, 47; Kundlich, 12.

pravvivenza degli elementi descrittivi. La tradizionale differenziazione tra le due tipologie basata sulla necessaria integrazione interpretativa dei soli elementi normativi, rispetto a quelli descrittivi, che ne sarebbero esentati per le loro caratteristiche intrinseche, trova una forte critica da parte di coloro che rigettano integralmente gli elementi *meramente* descrittivi⁸⁸. Tale dottrina ritiene che tutti i concetti giuridici si collochino in un contesto normativo e abbiano dei compiti e obiettivi valutativi (quale sostenere o escludere giudizi di disvalore⁸⁹) e si muovano su una scala che va dalla mera descrittività alla mera normatività⁹⁰. Nel codice sarebbero presenti molteplici esempi di elementi apparentemente descrittivi, che invece sono normativi: essi non sarebbero sufficientemente determinati, ai fini della norma, con una mera esplicazione descrittiva, bensì acquisterebbero un concreto contenuto solo considerandoli alla luce della loro funzione all'interno del precetto. Secondo tale teoria si potrà intendere il concetto *Einbrechen* solo alla luce di un giudizio di disvalore in ordine ad una particolare grave ipotesi di furti (*Diebstal*)⁹¹. Ogni elemento della fattispecie penale è più o meno bisognoso di essere riempito di valore⁹², è questo l'unico criterio atto a inquadrare le diverse ipotesi.

Non manca, peraltro, chi scorge all'interno degli elementi normativi delle tracce di descrittività⁹³, quale necessaria connessione del concetto con la realtà di fatto che ne è alla base.

Tracciare un soddisfacente *discrimen* tra le due ipotesi è considerato particolarmente complesso, tanto che taluni non lo ritengono necessario⁹⁴.

⁸⁸ Hassemer-Kargl, §1, 33.

⁸⁹ Puppe, *Kleine Schule...*, 20.

⁹⁰ Hilgendorf, 1998, 113; Kuhlen, 2000, 3. BVerfG JZ 2004, 303.

⁹¹ Hassemer-Kargl, §1, 33; Haas, *FS Puppe*, 103.

⁹² Hassemer-Kargl, §1, 34.

⁹³ Jescheck-Weigend, 2; Sternberg-Lieben-Schuster, 19; Kundlich, 13.1.

⁹⁴ Haas, Puppe-FS, 93.

Le medesime perplessità, peraltro, caratterizzano anche le posizioni della dottrina italiana, tra le quali vi è chi ritiene una rigorosa distinzione non concettualmente sostenibile ⁹⁵.

La analisi delle fattispecie dimostra che sussistono numerosi concetti che si collocano nel *limbo*, ai confini tra le due categorie, come accade per l'elemento di *violenza* o *minaccia* ⁹⁶. Nella teoria degli elementi della fattispecie delineata dalla letteratura penalistica italiana, accanto agli elementi descrittivi, i quali esprimono un contenuto che si ricava direttamente dall'esperienza di vita del destinatario ovvero che può essere precisato attraverso un criterio di misura esterno, si collocano gli elementi normativi, comprensibili sul presupposto di una norma, non necessariamente giuridica, la cui determinazione postula un apprezzamento di tipo valutativo ⁹⁷. La diversità tra elementi descrittivi e normativi dunque emerge con riferimento alla modalità di descrizione e alla diversità dell'oggetto, ciò però non esclude che sussistano dei caratteri comuni: la funzione, comune a tutti gli elementi, di concorrere a determinare il contenuto di una norma permette di poterli considerare, in un senso, normativi, ma vi è anche un senso in cui tutti i concetti hanno un contenuto descrittivo in quanto concorrono alla descrizione del tipo di reato ⁹⁸.

Quanto agli elementi normativi la loro *Ausfüllungsbedürftigkeit* può avere come fonte sia norme giuridiche estranee al sistema penale, classico è l'esempio di *altruità*, in ordine al quale si fa riferimento alla normativa civilistica, sia norme di costume o etico-sociali ⁹⁹. Queste ultime sono, dunque, assimilabili agli

⁹⁵ Ronco, Caruso, 103.

⁹⁶ Ronco, Caruso, 103.

⁹⁷ Ronco, Caruso, 103.

⁹⁸ Pulitanò 152.

⁹⁹ La classificazione tradizionale italiana è quella fondata sulla tipologia di norma a cui fa riferimento l'elemento della fattispecie in questione, distinguendosi così gli elementi giuridici penali o extra-penali e gli elementi extra-giuridici morali, tecnici o socio-culturali. Tra gli altri, Ruggiero, *Gli elementi normativi...*, 251; Bricola, *La discrezionalità*, 188; Palazzo, *Il principio di determinatezza*, 429; Ronco, *Il principio di tipicità*, 177; Marinucci-Dolcini, 136; Fiandaca-Musco, 72; Pulitanò, DP, 151 e ss. La dottrina italiana, tuttavia, presenta ulteriori ipotesi classificatorie, tra le quali quella di Palazzo, in *L'errore sulla legge penale*, 46, ove, riferendosi alla distinzione tra

elementi definiti dalla dottrina tedesca ¹⁰⁰ *wertende Merkmale*, ossia elementi valutativi, i quali descrivono il fatto in maniera indiretta, all'interno dei quali vengono ricompresi concetti quali *pornographisch* di cui al § 184 StGB. Sebbene entrambe le categorie menzionate siano *bisognose di essere riempite*, non può negarsi come il criterio atto a determinare il contenuto dell'elemento sia totalmente distinto. Il riempimento di valore di un elemento normativo *giuridico* penale o extra-penale, quale *pubblico ufficiale* o *altrui*, fa riferimento ad un criterio valutativo oggettivo e tendenzialmente circoscritto, quale è appunto la norma giuridica in questione, ove l'unico problema che può sussistere è quello della esatta comprensione del significato, alla luce della tecnicità del settore stesso. A riguardo, la dottrina tedesca ha elaborato la *Parallelwertung in der Leinsphäre* ¹⁰¹, ossia valutazione parallela secondo la sfera laica, ormai acquisito anche nella letteratura italiana. Il dolo deve ricoprire tutti gli elementi della fattispecie, ma non si reputa necessario che l'autore ne conosca il significato giuridico, in quanto diversamente potrebbero agire dolosamente solo i giuristi. Si reputa sufficiente che il soggetto abbia una rappresentazione su quali circostanze di fatto il legislatore voglia estendere la tutela penale, o meglio, che l'autore comprenda, secondo il suo livello intellettuale, la valutazione eseguita da parte del legislatore e rappresentata dal relativo elemento ¹⁰².

Un elemento di valutazione culturale ¹⁰³, al contrario, vede dinnanzi a sé una fonte di valore priva di qualsiasi oggettività, mutevole ed elastica perché legata all'evoluzione socio-culturale, e rimessa al soggettivismo dell'interprete ¹⁰⁴. La valutazione di uno scritto come pedopornografico o di un atto come sessuale non ha, *normalmente*, a che vedere con una norma che ne descriva natu-

norme tetiche e assiologiche, si propone la distinzione tra elementi normativi valutativi e definitivi.

¹⁰⁰ Puppe, §16, 29.

¹⁰¹ Mezger, *Lehrbuch*, 328, nascente dallo sviluppo della teoria di Binding, *Normen*, III, 146 e ss.

¹⁰² Jescheck-Weigend, §29, 3a.

¹⁰³ Così le definisce Mezger, *Vom Sinn...*, Traeger-FS, 226; Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, 227.

¹⁰⁴ Pulitanò, *L'errore...*, 228.

ra e caratteri, in quanto il valore in questione nasce dalla opinione culturalmente diffusa in una determinata società, per meglio dire, da una norma culturale. Una siffatta categoria di elementi, peraltro particolarmente numerosa nel nostro codice ¹⁰⁵, mal si concilia, per la loro indeterminabilità, con un sistema penale quale quello fondato sul principio di legalità e tassatività ¹⁰⁶. La loro presenza all'interno delle fattispecie penali, tuttavia, assume una funzione chiave nel funzionamento stesso del sistema. Si evidenzia che i concetti normativi, di qualunque natura essi siano, in virtù del loro riempimento di valore, da ricavarli al di fuori del sistema penale, permettono quel costante adeguamento di cui una norma penale ha bisogno per essere di pari passo con le evoluzioni della società¹⁰⁷. L'irrinunciabile rispetto dei canoni di determinatezza, punto debole dell'elemento valutativo, andrebbe perciò risolto attraverso l'identificazione di parametri normativi esterni o di valutazione precisi ¹⁰⁸. Come avremo modo di vedere nel proseguo nella trattazione di alcuni elementi normativi culturali presenti nei reati sessuali, non è stato peraltro possibile scorgere alcuna traccia di eventuali parametri di valutazione obiettivamente controllabili e atti a concretizzare sufficientemente detti elementi.

§3 Gli elementi normativi e la fattispecie penale.

§3a: Riserva di legge - Il *Gesetzlichkeitsprinzip* ¹⁰⁹ in materia penale costituisce una delle caratteristiche fondamentali dello stato di diritto il cui agire è vincolato e conforme alle leggi vigenti a garanzia delle libertà dell'uomo ¹¹⁰. Il brocardo latino "*Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, praevia, certa, stricta*", nel-

¹⁰⁵ Cfr. Basile, 134.

¹⁰⁶ Pulitanò, *L'errore...*, 229.

¹⁰⁷ Pulitano, DP, 155.

¹⁰⁸ Pulitano, DP, 155.

¹⁰⁹ Il *Gesetzlichkeitsprinzip* risale a Paul Johann Anselm von Feuerbach (1755-1833). Egli lo portò al successo attraverso l'accoglimento all'interno del, da lui coniato nel 1813, StGB bavarese; venne poi recepito dal codice prussiano del 1851, dal Reichsstrafgesetzbuch del 1871, sino all'attuale StGB e GG tedesca.

¹¹⁰ Cocco, in *La legge penale*, 56.

la sua sintesi e chiarezza, manifesta l'essenza della legge penale. Il suo riconoscimento costituzionale è avvenuto attraverso l'art. 25 co. 2 Cost. e il §103 II della Grundgesetz ¹¹¹. Secondo quanto recepito dai rispettivi codici penali, pertanto, nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite. Analogamente è precluso introdurre o applicare leggi con effetto retroattivo nei confronti dell'imputato e al legislatore spetta formulare delle norme chiare e precise. Da ultimo viene preclusa al giudice l'applicazione della legge penale in via analogica ai danni dell'imputato.

Il primo tassello del principio di legalità, la cd. riserva di legge, esprime apparentemente il riconoscimento della legge formale, ossia parlamentare, come unica fonte a cui è demandato il potere di stabilire quale fatto sia penalmente rilevante e quale pena possa essere comminata alla sua violazione. L'esatta portata dell'istituto tuttavia è da sempre oggetto di molteplici interrogativi, i quali guardano sia verso la precisa interpretazione da accogliersi del concetto *legge*, sia verso l'eventuale legittimità di meccanismi integrativi della norma penale. La risposta è dunque connessa alla concreta accezione di riserva di legge che venga accolta. Il tenore della nostra Legge fondamentale e l'origine storica del principio escludono che sia sufficiente qualunque norma scritta (ad es. di natura regolamentare) comunque appartenente al sistema delle fonti e affermano viceversa il fondamentale monopolio del potere legislativo, ovvero della legge propriamente detta, cioè la legge ordinaria formale e atti ad essa equiparati, quali il decreto legislativo ed il decreto legge ¹¹². Pur tuttavia è da escludersi che il legislatore sia vincolato al rispetto di una riserva di legge *assoluta*: secondo l'opinione maggioritaria, benché l'apporto da parte di fonti secondarie al *precepto*

¹¹¹ 103 co. 2 GG: “Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde”.

¹¹² Cocco, in *La legge penale*, 59; Romano, *Comm.*, 35; Pagliaro, PG, 42; Mantovani, PG, 53 e ss.; Palazzo, v. *Legge penale*, 346; C. cost. 26/1966; C. cost. 113/1972; C. cost. 282/1990; C. cost. 134/2005; *contra* Marinucci, Dolcini, PG, 41; Fiandaca, Musco, PG, 55.

sia tassativamente escluso, non può escludersi una necessaria attività integrativa, meramente specificativa di contenuti già posti dalla legge, svolta proprio da atti sub-legislativi. L'apporto in questione potrà essere esclusivamente "tecnico", ossia attinente a competenze specifiche che alcuni rami dell'amministrazione statale per loro natura posseggono ¹¹³.

La problematica della riserva di legge è dunque strettamente connessa anche a quel meccanismo integrativo della legge penale *sui generis* che è il *normative Tatbestandsmerkmal*. Ci si chiede se la norma extrapenale di fonte non legislativa (o addirittura non giuridica) richiamata possa assumere il carattere di integratrice del precetto e se, dunque, si ponga in contrasto con il principio sancito dall'art. 25 co. 2 Cost. e 1 c.p.¹¹⁴. Al tal fine appare opportuno tentare di delineare le principali posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza sul tema ¹¹⁵. Tra le più rigorose, per lo più risalenti agli anni trenta, spicca una contrapposizione meramente formale fra norme extra-penali integratrici e non integratrici ¹¹⁶. Acquisirebbero carattere di penali soltanto quelle norme che concorrono direttamente a costituire uno dei due elementi essenziali della norma penale, ossia precetto e sanzione, e con particolare riguardo al precetto primario, determinano in concreto quale sia il comportamento positivo o negativo per il quale è comminata la sanzione. Non altrettanto può dirsi delle norme che in via di chiarimento o di presupposti accedono al *praeceptum iuris* e concorrono indirettamente a plasmare la norma penale ¹¹⁷. Il criterio che determina il carattere integrativo della norma richiamata verterebbe dunque sulla sua incidenza diretta o indiretta sul precetto, lasciando aperte tutte le questioni sull'applicazione

¹¹³ Ad esempio, in tema di sostanze stupefacenti, le rispettive tabelle identificative da approvarsi da parte del Ministero della Salute, sulla base dei criteri forniti dal Parlamento.

¹¹⁴ Tralasciando la tematica che riguarda l'integrazione da parte di fonti di natura comunitaria (v. diffusamente Cocco, in *Legge Penale*).

¹¹⁵ Quanto ai risvolti in tema di errore v. *sub*. Errore.

¹¹⁶ Battaglini, *Ignorantia iuris nella inosservanza di norme disciplinanti i rapporti di lavoro*, 55 e sss; Ondeì, *Considerazioni circa l'errore su norma diversa dalla legge penale*, 29 e ss.; Saltelli, *Errore su legge diversa dalla legge penale*, 321 e ss.

¹¹⁷ Battaglini, *Ignorantia iuris...*, 56-57.

pratica di un siffatto criterio e sulla esistenza e/o necessità di criteri ausiliari. Diversamente ritiene chi ¹¹⁸ considera un *discrimen* tra le due categorie del tutto privo di significato, sulla base di una constatazione del tutto logica, che afferma che se la norma principale rinvia una fonte extra-penale, essa concorrerà sempre e comunque a definire la fattispecie criminosa ¹¹⁹.

Le impostazioni più recenti propongono un approccio al tema sulla base di un criterio che vede, la relazione tra il precetto in cui è contenuto il rinvio e la concreta portata della norma extra-penale richiamata. Il parametro viene dunque individuato, non in astratto, sulla base del mero richiamo formale operato dalla norma-base, bensì nel concreto ruolo svolto dalla norma rinviata nell'individuazione del senso del divieto della fattispecie penale: quanto più il significato della norma extrapenale è autonomo rispetto alla costruzione del precetto, limitandosi a specificare o a delimitare concetti comunque posti dalla norma penale, tanto più il rapporto di interazione dovrà essere negato ¹²⁰. Norme integratrici sono solo quelle che concorrono in modo essenziale alla formazione del tipo delittuoso ¹²¹.

Delineate in sintesi le più rilevanti opinioni sul tema dell'integrazione/integrabilità del precetto penale, occorre ora tentare di trasporle ai quesiti in esame, ossia che genere di rapporto determina l'utilizzo di un elemento normativo della fattispecie allorché esso richiama una norma extra-penale. Il tema è particolarmente complesso e spesso trascurato dalla dottrina, nonostante i risvolti problematici del tema abbisognino di un'accurata indagine. Tra la letteratura in argomento merita attenzione l'opinione della Risicato, la quale, parte dalla constatazione che "caratteristica essenziale di una norma integratrice è la sua funzione valutativa degli elementi che concorrono a descrivere la figura

¹¹⁸ Grosso, *L'errore sulle scriminanti*, 178.

¹¹⁹ *Contra* Risicato, *Gli elementi normativi...*, 174, la quale critica tale impostazione evidenziando l'innegabile dato strutturale della natura complessa ed eterogenea dei meccanismi di interazione tra norma penale ed extrapenale.

¹²⁰ Da Risicato, *Gli elementi normativi...*175.

¹²¹ Romano M., *Repressione della condotta antisindacale*, 156.

criminosa astratta e dunque concorrono in modo essenziale alla formazione del tipo criminoso”¹²². La autrice si riconnette all’idea che la rappresentazione degli elementi normativi non presuppone la conoscenza del loro significato tecnico-giuridico, bensì la cosiddetta *conoscenza parallela nella sfera laica*. Attraverso tale premessa dimostra l’assoluta autonomia funzionale della norma extra penale richiamata rispetto all’elemento normativo di fattispecie e, dunque, conclude che la maggior parte degli elementi normativi giuridici non presupponga affatto un rapporto di integrazione in senso stretto tra norma penale ed extra-penale. In altre parole, quest’ultima risulta del tutto autonoma dalla *ratio* sottesa al precepto penale e non contribuisce affatto a definirne il *tipo* delittuoso, che invece viene completamente delineato dalla legge in senso formale. L’elemento normativo può essere determinato in concreto solo attraverso il richiamo alla norma extra-penale, ma la disposizione richiamata non interferisce nella valutazione della portata che l’elemento assume nel contesto di disvalore della fattispecie incriminatrice astratta. Il rinvio ad una norma diversa da quella “madre” assume la funzione di individuare *per relationem* le caratteristiche di un elemento costitutivo del fatto già qualificato dalla norma incriminatrice nel suo significato essenziale. Il fenomeno qui descritto non si traduce affatto in un fenomeno integrativo, bensì si ritiene, è equiparabile al ruolo di apporto di specificazione tecnica che le fonti sublegislative svolgono nell’individuazione di un elemento della fattispecie, che come tale è pienamente compatibile con il principio di riserva di legge¹²³.

Le difficoltà si manifestano dinnanzi al nostro tema di indagine, ossia agli elementi normativi extra-giuridici, i quali rinviano non ad una norma giuridica, bensì ad altre categorie di norme, quali per esempio quelle morali. La determinazione concreta del loro contenuto è rimessa all’individuazione di un parametro valutativo non situato in una fonte propriamente normativa *distinta* dalla

¹²² Romano M., *Repressione...*, 156.

¹²³ Risicato, 176;

legge penale: esso viene cioè ricostruito in dipendenza del senso del divieto e finisce per identificarsi con esso. È proprio questo carattere valutativo, secondo la Risicato, ad escludere *in toto* un fenomeno di integrazione ed a far configurare un rapporto di *immedesimazione* tra precetto e criterio valutativo, determinando un profondo attacco al principio di tassatività. In tema di elementi normativi etico-sociali o culturali, che dir si voglia, non si ha a che fare con problematiche di compatibilità con la riserva di legge, la quale attiene ai criteri di selezione relativi alle fonti di natura giuridica e che sono del tutto fuori questione in tema di fonti che *riempiono* un determinato elemento normativo culturale. L'unico problema che assume rilievo in quest'ultima materia è quello relativo alla determinatezza o meno della figura penale ¹²⁴.

§3b Determinatezza: - Passando a trattare il tema della determinatezza, che appare centrale, per le ragioni dette, nella materia trattata, va ricordato che il precetto del “*nullum crimen sine lege certa*” è stato recepito dal StGB al §1 e, per via della sua fondamentale importanza, ha assunto anche valore costituzionale attraverso l'art. 25 Cost. e il §103 II della *Grundgesetz* tedesca.

Una fattispecie è determinata allorché i presupposti della punibilità sono concretamente descritti ¹²⁵. Le garanzie offerte ai cittadini dalla riserva di legge parlamentare perderebbero di significato se non fossero accompagnate da modalità espressive della redazione della legge tali da garantire la massima puntualità, univocità e chiarezza del precetto ¹²⁶. Il principio di determinatezza appare dunque come un precetto rivolto al legislatore ¹²⁷, il quale si combina con il principio di tassatività, quale divieto rivolto al giudice di applicare la legge penale oltre i casi espressamente previsti ¹²⁸: maggiore è la precisione della

¹²⁴ Risicato, 177 e ss.

¹²⁵ Fischer StGB, § 1, 6; BGH I 384/06; BVerfG 105, 135, 153.

¹²⁶ Cocco, *La legge penale*, 76.

¹²⁷ Hassemer-Kargl, NK StGB, §1, 14.

¹²⁸ Fiandaca, Musco, PG, 85

legge e più evidenti saranno le violazioni giurisprudenziali del principio di tassatività e del divieto di analogia ¹²⁹.

La dottrina tedesca ritiene che il principio di determinatezza persegua due finalità ¹³⁰: da un lato viene assicurato, che esclusivamente il legislatore possa emanare delle norme penali, difatti, allorquando una fattispecie pecchi di determinatezza, essa conduce necessariamente ad un completamento arbitrario del precetto da parte del giudice, trasgredendo la ripartizione di poteri (il cosiddetto *Willkürverbots*) ¹³¹; dall'altro che il cittadino sia in grado di comprendere quale e come viene sanzionata una condotta, di modo che possa orientarsi consapevolmente (*Orientierungsgewissenheit*) ¹³².

L'essenza del principio di determinatezza trova espressione in particolare nel campo degli elementi della fattispecie penale, ove tuttavia assume delle sfumature diverse a seconda della natura che essi assumono.

Gli elementi normativi di fonte giuridica non sembrerebbero soffrire di problemi congeniti di indeterminatezza: il rinvio che essi determinano ad un'altra norma giuridica esclude un qualsiasi arbitrio da parte dell'interprete, il quale si troverà vincolato tassativamente ad un'altra norma giuridica ¹³³, la quale deve essere tuttavia chiaramente individuabile e ben determinata nel suo contenuto ¹³⁴. La rigidità che contraddistingue gli elementi strettamente giuridici, caratterizza anche gli elementi descrittivi naturalistici e numerici, ove appunto non sussiste alcuna scissione tra momento percettivo e momento valutativo, essendo quest'ultimo incorporato immediatamente nella percezione della realtà.

Il rispetto del canone pone problemi invece per gli elementi normativi di fonte

¹²⁹ Cocco, *La legge penale*, 78.

¹³⁰ BVerfG 47, 120; BGH NJW 07, 525; Schmitz, MüKo StGB, § 1, 43.

¹³¹ BVerfG 78, 382; BVerfG NStZ 1990, 394; Grünwald ZStW 76, 1964, 13 e ss.; Jescheck/Weigend § 15 IV 3.

¹³² Cfr. BGH 23, 171; BGH 37, 230.

¹³³ Bricola, *La discrezionalità...*, 188; Palazzo, *Il principio di determinatezza*, 429; Ronco, *Il principio di tipicità*, 177.

¹³⁴ Mantovani, PG, 65.

extra-giuridica, soprattutto etico-sociale o di costume, i quali fanno rimando ad un criterio valutativo, per esempio socio-culturale, che è per sua natura totalmente scevro da un qualsiasi parametro rigido ¹³⁵. Inevitabile è la conseguenza che esso abbia dei risvolti incerti, da cui derivano notevoli perplessità circa il limite discretivo tra il rispetto di un sufficiente livello di determinatezza e il carattere indefinito dell'elemento di fatto di reato ¹³⁶. Gli elementi in questione assumono, tuttavia, un ruolo essenziale nella struttura della norma, garantendo la attualità del precetto alla luce della realtà sociale e dunque l'afflusso di ossigeno necessario per la sopravvivenza della stessa norma ¹³⁷. Essi consentono al concetto quella particolare e imprescindibile dinamicità di significato che gli permette di adattarsi alla mutevolezza dei costumi e della cultura.

La loro interpretazione, notevolmente influenzata dal contesto in cui il fatto concreto si genera, subisce inoltre l'influsso della personale sensibilità dell'interprete. Inevitabili, dunque, le perplessità di molti autori sulla capacità dei giudici di esercitare una così rilevante funzione adeguatrice ¹³⁸.

Secondo uno schema dottrinale si distinguono tra gli elementi in questione quelli di carattere elastico, che sollevano dubbi sul rispetto del principio di determinatezza ¹³⁹, soprattutto allorché il segno linguistico non riesce a connotare il parametro valutativo, ovvero il parametro valutativo non trova riscontro univoco nel contesto sociale di riferimento ¹⁴⁰. Generalmente, difatti, sarebbero caratterizzati dal connotato dell'elasticità tutti quegli elementi, sia descrittivi che normativi, che abbisognano di un apporto valutativo, il quale imprescindibilmente spetta all'interprete. Si pensi ai concetti descrittivi che

¹³⁵ La ripartizione degli elementi rigidi, elastici e vaghi si deve a Bricola, *La discrezionalità...*, 185-187 e successivamente a Mantovani, DP, 70.

¹³⁶ Fiandaca, Musco, PG, 92.

¹³⁷ Marinucci, v. *Consuetudine*, 512.

¹³⁸ Fiandaca-Musco, PG, 93.

¹³⁹ Fiandaca, *Problematica dell'osceno...*, 86 e ss.

¹⁴⁰ Bricola, 177

rimandano ad una realtà non definita dal legislatore storico (“rissa”, “incesto”¹⁴¹), ad una realtà quantitativa o temporale non determinabile a priori (“notizie esagerate” nel reato di cui all’art. 265 c.p.¹⁴² o “tempo di notte”, nella fattispecie di cui all’art. 699 c.p.¹⁴³), caratterizzati dunque da una elasticità non circoscrivibile¹⁴⁴.

Vengono, inoltre, ritenuti elastici in generale gli elementi normativi, talora giuridici, come l’altruità dell’ipotesi di furto, ma soprattutto gli elementi extra-giuridici, i quali rinviano a parametri valutativi quali il costume, le regole sociali o etiche, la tecnica o la scienza. Tali parametri, nell’ottica di un equilibrio tra raccordo con la realtà sociale e tassatività della fattispecie, devono essere facilmente identificabili e idonei a qualificare la condotta vietata¹⁴⁵, e obiettivamente controllabili secondo i metri delle scienze empiriche e sociali¹⁴⁶. A riguardo si afferma che la mancanza di un oggettivo substrato di fatto o di diritto idoneo a renderne immediatamente manifesto il significato deve essere ricostruito e concretizzato in base alla *ratio legis* della stessa norma incriminatrice¹⁴⁷. In linea, dunque, con l’opinione della giurisprudenza, la quale sostiene che deve essere di guida il criterio secondo il quale la verifica del rispetto del principio di determinatezza va condotta non già valutando isolatamente il singolo elemento descrittivo dell’illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce¹⁴⁸.

Accanto a tale categoria, pur discutibile, ma tendenzialmente rispondente al principio di determinatezza, si posiziona quella, totalmente inammissibile

¹⁴¹ Mantovani, DP, 71.

¹⁴² Contento, *Corso...*, 51;

¹⁴³ Risicato, *Gli elementi normativi...*, 197.

¹⁴⁴ Mantovani, PG, 65.

¹⁴⁵ Mantovani, PG, 65; Risicato, *Gli elementi normativi...*, 201.

¹⁴⁶ Fiandaca-Musco, PG, 93.

¹⁴⁷ Risicato, *Gli elementi normativi...*, 201.

¹⁴⁸ C. Cost. n. 5 del 2004; C. Cost. n. 34 del 1995; C. Cost. n. 31 del 1995; C. Cost. n. 122 del 1993; C. Cost. n. 247 del 1989.

penalmente e controversa, degli elementi vaghi o indeterminati, “i quali definiscono il fatto in maniera non perfettamente netta, né secondo linee determinabili con sicurezza, ma si giovano piuttosto di modi di pensare, o di esprimersi che sono propri dell’uso comune”¹⁴⁹. Sono contraddistinti da tale carattere alcuni elementi normativi extra-giuridici, tra i quali quelli che esprimono giudizi di valore attraverso dei parametri emozionali. La difficoltà nella identificazione di un univoco contenuto, o addirittura nella stessa individuazione del criterio valutativo, determina una profonda contrarietà alla certezza del diritto e dunque alla possibilità che il cittadino comprenda quale condotta sia lecita o meno. Una siffatta tipologia di concetti poco spazio può trovare in un sistema penale come il nostro, in cui vigono principi inderogabili di tassatività e determinatezza¹⁵⁰.

In tema di determinatezza, tra le più recenti posizioni si sostiene che gli unici elementi idonei a garantirne il rispetto siano quelli descrittivi, gli elementi cioè che traggono il loro significato direttamente dalla realtà dell’esperienza sensibile. A sostegno della tesi, il riferimento ad alcuni esempi di fattispecie che sarebbero costruite in forma descrittiva, quali l’omicidio, le lesioni personali o il danneggiamento. Accanto a tale generale considerazione, viene tuttavia evidenziata la sua relatività, in quanto in alcuni casi “il carattere descrittivo della fattispecie sarebbe più apparente che reale”. Vi sarebbero ipotesi in cui la formula legislativa impiega elementi descrittivi privi di obiettivo riscontro nella realtà del mondo esterno: l’indeterminatezza dell’elemento, dunque, risulterebbe dal fatto che alla descrittività conseguita sul piano meramente linguistico non corrispondono tipi delittuosi ben profilati nella realtà sociale. L’esempio paradigmatico è il delitto di plagio previsto dall’art. 603 c.p. in

¹⁴⁹ Pagliaro, *v. Legge penale*, 1046.

¹⁵⁰ Sostiene Palazzo, *v. Legge Penale*, 355: “L’indeterminatezza della disposizione penale non è una conseguenza necessaria dell’uso di materiale linguistico di un certo tipo piuttosto che di un altro. Vero è invece che è certamente possibile instaurare un rapporto di tendenziale crescente indeterminatezza passando dagli elementi espressi in forma descrittivo-numerica a quelli normativi socio-culturali”.

relazione al fenomeno della “dipendenza psicologica”, giudicato incostituzionale perché, oltre ad una descrizione intellegibile della fattispecie astratta, è necessaria anche la verificabilità del fenomeno, secondo le attuali conoscenze ¹⁵¹.

Comunque l'uso degli elementi descrittivi caratterizza un diritto penale liberal-garantista, orientato verso il rispetto della legalità formale. Si ravvisa, al contrario, una presenza massiccia di elementi a base valutativa, vaghi, elastici o etico-emotivi nei diritti penali a sfondo totalitario, che nella indeterminatezza degli elementi normativi trovano lo strumento per adeguarsi ai valori della ideologia dominante ¹⁵². Ne è la riprova la presenza nel codice Rocco e nello StGB nazionalsocialista tedesco di un titolo a tutela della morale pubblica, in particolare sessuale, con l'utilizzo di concetti quali *Unzucht* e osceno. Nell'ipotesi italiana, il legislatore fa espressamente un rinvio contenutistico al pudore, un criterio di valutazione del fatto “talmente frantumato nella nostra società non omogenea, da apparire difficilmente riconducibile ad un univoco sentire collettivo” ¹⁵³. In dottrina è, difatti, controverso se l'osceno di cui all'art. 529 c.p. sia contraddistinto da un parametro emozionale o etico-sociale, e dunque sia rientrante nella categoria degli elementi vaghi o elastici. Più volte, tuttavia, la Corte ha riconosciuto la legittimità costituzionale del riferimento a condotte la cui illiceità è condizionata dall'evoluzione del costume sociale (o da nozioni scientifiche) ed i cui contenuti sono determinati dall'interpretazione giurisprudenziale ¹⁵⁴.

Analogamente sono state proposte questioni di legittimità costituzionale ¹⁵⁵ riferite all'indeterminatezza dell'espressione “atto sessuale”, ripetutamente dichiarate manifestamente infondate. La giurisprudenza evidenzia che “la

¹⁵¹ C. Cost. 9.04.1981, n. 96, in GC 1981, I, 808.

¹⁵² Mantovani, PG, 65.

¹⁵³ Fiandaca-Musco, PG, 92.

¹⁵⁴ Corte Cost. n. 191 del 1970.

¹⁵⁵ C. Cost. n. 6652, 5.6.1998.

formula ha il pregio della sinteticità, difatti ogni definizione analitica nella materia in esame è da evitare. Essa non può essere ritenuta generica ed indeterminata, poiché un consolidato orientamento giurisprudenziale ritiene che il termine “atti sessuali”, al quale nel linguaggio comune possono attribuirsi più significati, anche eterogenei, viene ad assumere, attraverso il riferimento alle discipline scientifiche, un’accezione peculiare, che lo rende preciso e per nulla indeterminato; e tale opera integrativa ad opera del giudice, mediante prudente apprezzamento delle indicazioni scientifiche, non costituisce invasione dei poteri riservati al legislatore”¹⁵⁶.

La diatriba sulla esatta qualificazione e sulla conseguente determinatezza del concetto di osceno, emblema degli elementi normativi extra-giuridici penali (sino alla sua depenalizzazione), ha sollevato, inoltre, il dubbio che le medesime questioni interessino tutti gli elementi normativi di natura valutativa. Circa i rapporti tra tassatività ed elementi della fattispecie penale si afferma che “si ha indeterminatezza [...] quanto agli elementi normativi in senso ampio, laddove il segno linguistico non riesce a connotare il parametro valutativo ovvero quest’ultimo non è in grado di esprimere univocamente la regola per il caso concreto”¹⁵⁷. È proprio la maggiore o minore valutatività di un concetto a segnare il *discrimen* tra determinatezza e indeterminatezza degli elementi della fattispecie penale: laddove essa sia contenuta all’interno di una definita area semantica sarà ancora compatibile con il principio di tassatività¹⁵⁸. Il rispetto del principio di determinatezza avviene, ricorda la giurisprudenza, non solo con una tassativa descrizione delle fattispecie penali, ma altresì, quando appare necessario, come nel caso di tutela di beni immateriali quali il decoro, l’onore, la reputazione, il prestigio, la decenza ed altri, con il ricorso a termini il cui significato può essere ricavato da nozioni non giuridiche¹⁵⁹ o a nozioni proprie

¹⁵⁶ Cass. III, n. 37395, 2.07.2004; C. Cost. n. 475/1988.

¹⁵⁷ Bricola, *La discrezionalità...*, 188.

¹⁵⁸ Lenckner, *Wertausfüllungsbedürftige...*, 255.

¹⁵⁹ C. Cost. n. 312/1996 e C. Cost. n. 414/1995.

dell'intelligenza comune, che comunque consentono di individuare con certezza il precetto e di giudicare se una determinata condotta lo abbia o meno violato ¹⁶⁰.

In definitiva, si considera il principio di tassatività compatibile logicamente con le formulazioni contenenti elementi elastici, valutativi o normativi, escludendo invece quelli vaghi, normativi o emozionali, essendone i parametri e il contenuto indeterminabile ¹⁶¹.

L'analisi della ambiguità concettuale in relazione al fenomeno dei *normativen Begriffe* e degli elementi della fattispecie in genere è tema centrale anche nella dogmatica tedesca del principio di determinatezza. Si ritiene generalmente che a differenza degli elementi descrittivi ¹⁶², i quali appunto descrivono, gli elementi normativi, che invece svolgono una funzione valutativa, siano vaghi e bisognosi di interpretazione ¹⁶³.

Tali considerazioni, tuttavia, non vengono condivise unanimemente, soprattutto in relazione ai concetti meramente descrittivi ¹⁶⁴. Autorevole dottrina, difatti, ritiene che tutti i concetti giuridici si inseriscano in un contesto normativo e abbiano compiti e scopi valutativi (ossia reggono o escludono giudizi di disvalore) ¹⁶⁵. Si evidenzia che sussistono molteplici esempi di elementi apparentemente descrittivi, ma che, al contrario, sono normativi, senza che sia necessario riferirsi a casi limite, quale il concetto di *Gewalt* (violenza). A sostegno della tesi si cita l'esempio dell'elemento "*Einbrechen*" (scassinare, fare irruzione) di cui al §243 1 n. 1 StGB, il quale, si sostiene, non può essere osservato sotto una mera ottica descrittiva, bensì è necessaria, al contrario, una analisi in relazione alla sua funzione, ossia effettuare un giudizio

¹⁶⁰ C. Cost. n. 191, 15.12.1970; C. Cost. n. 27/1961; C. Cost. n. 120/1963; C. Cost. n. 44/1964; C. Cost. n. 7/1965.

¹⁶¹ Mantovani, PG, 66.

¹⁶² *Contra* Puppe, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 2008, 20.

¹⁶³ Rudolphi, SK, §2, 13; Jescheck-Weigend, AT, 1514.

¹⁶⁴ Hassemer-Kargl, §1, 33.

¹⁶⁵ Puppe, 2008, 20.

di disvalore riguardante una particolarmente grave ipotesi di furto ¹⁶⁶. Analogamente avviene in relazione al concetto di *Schaden* (danno) di cui al § 263 StGB, il quale può riguardare sia ogni svantaggio economico, sia ogni pregiudizio di una posizione giuridica tutelata. In conclusione, si nega una contrapposizione netta tra concetti normativi e descrittivi e si afferma quella tra concetti più o meno *wertausfüllungsbedürftig*, più o meno vaghi ¹⁶⁷.

La teoria del diritto moderna analizza, invero, il tema della ambiguità concettuale identificandone quattro tipologie, presenti anche nella legislazione penale: si tratta della vaghezza, della porosità, della *Wertausfüllungsbedürftigkeit*, ossia del bisogno di essere riempiti di valore, e del *Bezeichnung von Dispositionen*. Sebbene un concetto possa essere utilizzato senza destare particolari ambiguità in un determinato momento storico, può, tuttavia, diventare vago a seguito del progredire dei cambiamenti sociali ¹⁶⁸: esso appunto rimanda alla realtà e, dunque, è imprescindibilmente mutevole ¹⁶⁹. La porosità viene intesa come una vaghezza potenziale e può concernere tutti i concetti penalistici, al di fuori dei concetti numerali o di relazione ¹⁷⁰. Tra gli esempi di *concetto poroso* viene citato quello di “*geringwertigen Sachen*”, ossia di “oggetti di poco valore”, di cui al § 248a StGB, in relazione alla modifica del valore del denaro, ma anche il concetto di “*Urkunde*” (documento), in relazione alle modifiche della tecnica e “*pornographischen Schriften*”, di cui al §184 StGB, quanto alle modifiche normative. La tipologia dei concetti *wertausfüllungsbedürftig* si ritiene, invece, più rara da incontrare nel diritto penale, rispetto a quella della vaghezza o della porosità e spesso la si associa in maniera particolarmente stretta ¹⁷¹ agli elementi normativi. La “necessità di essere riempito di valore” (*Wertausfüllungsbedürftigkeit*), spesso considerata come un grado più intenso della vaghezza, è una proprietà del

¹⁶⁶ Haas, Puppe FS, 2001, 103.

¹⁶⁷ Hassemer-Kargl, NK, §1, 34.

¹⁶⁸ Hassemer-Neumann, NK, pre §1, Rn. 330.

¹⁶⁹ Hassemer-Kargl, 37.

¹⁷⁰ Hassemer-Kargl, 37.

¹⁷¹ Hassemer-Kargl, 39.

concetto considerata non qualitativa, bensì meramente quantitativa, in quanto quasi tutti i concetti sono *wertausfüllungsbedürftig*, poiché rimandano alla realtà. La giurisprudenza costituzionale tedesca, chiamata a pronunciarsi sul loro utilizzo, ha più volte sostenuto che esso sia assolutamente compatibile con il principio di determinatezza¹⁷². Tra le motivazioni a cui la *Verfassungsgerichtshof* è ricorsa, spicca quella per la quale “attraverso eccessive pretese verrebbe meno la possibilità di soddisfare il carattere di poliedricità della vita e della mutabilità delle relazioni”¹⁷³. Si afferma, inoltre, che il diritto penale non può rinunciare totalmente ad utilizzare concetti di portata generale, i quali formalmente non possono essere univocamente delimitati ed essere di validità generale e che richiedono particolari sforzi interpretativi da parte del giudice¹⁷⁴. Emblema di questa controversa e complessa tipologia è il concetto di “*guten Sitten*”, il buon costume. Esso viene inteso come normativo e non come meramente descrittivo, in quanto la sua interpretazione non può essere definita inequivocabilmente con l’aiuto, per esempio, di meri studi demoscopici¹⁷⁵. Una tale constatazione si fonda sulla corretta questione che si pone l’interprete: esso non si chiede cosa si intende come “*gute Sitten*”, bensì cosa deve valere come “*gute Sitten*”¹⁷⁶. D’altro lato, esso non è considerato come un elemento meramente normativo; il giudice non ha alcun libero giudizio o discrezionalità riguardo alla bontà del costume, bensì è subordinato alla disciplina dell’interpretazione del concetto.

L’ambiguità del linguaggio giuridico e la conseguente indeterminazione della legge penale è spesso considerata inevitabile conseguenza del riferimento del diritto penale alla realtà¹⁷⁷. La giurisprudenza costituzionale, sovente investita di simili questioni, reputa che esagerate pretese di determinatezza o addirittura

¹⁷² BVerfGE 4, 352 (358); BVerfGE 11, 234 (237).

¹⁷³ BVerfGE 14, 245 (251).

¹⁷⁴ BVerfGE 11, 234 (237).

¹⁷⁵ Hassemer-Kargl, 39; Hardtung, Jura 2005, 401.

¹⁷⁶ Karlg, NStZ 2007, 489.

¹⁷⁷ Hassemer-Kargl, §1, 40; cfr Schünemann, Hassemer FS, 2010, 240.

una totale rinuncia agli elementi normativi della fattispecie (e alle clausole generali) potrebbe condurre ad una eccessiva rigidità della legge e che diventi troppo casistica e dunque non possa rendere giustizia alla poliedricità della vita, ai cambiamenti dei rapporti o delle particolarità del singolo caso ¹⁷⁸.

Il significato del principio di determinatezza è dunque non solo garantire che il legislatore, democraticamente legittimato, definisca il quadro delle condotte punibili in maniera più esatta possibile e che sia impedito il pericolo di un arbitrio in capo al giudice ¹⁷⁹, ma anche che venga assicurato che la singola norma possa costituire una effettiva regola di condotta ¹⁸⁰. Clausole generali e concetti indeterminati e bisognosi di essere riempiti di valore non sono a priori costituzionalmente inammissibili anche nel diritto penale ¹⁸¹. Essi devono tuttavia essere idonei a poter essere interpretati ed essere identificabili nel loro contenuto dai destinatari della norma ¹⁸². Così Schlüchter sostiene che gli elementi normativi della fattispecie siano da interpretare secondo il loro contenuto minimo generalmente riconosciuto (*allgemein anerkannt*) ¹⁸³. Schmidhäuser ¹⁸⁴ richiama l'attenzione su una non raggiungibile assoluta determinatezza e reputa pertanto sufficiente una determinatezza relativa, ossia frutto di una interpretazione teleologica, la quale è delimitata sia attraverso la struttura della lingua sia attraverso i valori della giustizia e della certezza del diritto.

Autorevole dottrina ¹⁸⁵ ritiene che un relativamente stretto legame del giudice alla legge sia reso possibile dagli elementi descrittivi della fattispecie, tra i quali il concetto di *Mensch* (persona) o *toten* (uccidere) di cui al § 212, o *Person unter 14 Jahren* (persona infra-quattordicenne) di cui al §176 I StGb, in quanto il

¹⁷⁸ BVerfG 37, 208; BVerfG 45, 363; BVerfG 47, 109; BVerfG 48, 48.

¹⁷⁹ BVerfG 78, 382; BVerfG NStZ 1990, 394.

¹⁸⁰ BVerfG 37, 207; BVerfG 57, 262.

¹⁸¹ BVerfG 4, 357; BVerfG 47, 120; BGH 30, 287.

¹⁸² Cfr. BVerfG 48, 57.

¹⁸³ Schlüchter, NStZ 1984, 300 e ss; Rudolphi, §1, 13.

¹⁸⁴ Schmidhäuser, Martens-Gedächtnisschr. 231 e ss.

¹⁸⁵ Jescheck-Weigend, §15, 4.

significato risulta immediatamente dalle opinioni, dalle esperienze della vita o da determinati criteri esterni. Al contrario gli elementi normativi della fattispecie, come per esempio *niedrige Beweggrund* (motivo abietto) del § 211 II, danno al giudice ampia libertà, in quanto hanno necessità di una valutazione per essere riempiti di contenuto. Il legame del giudice alla legge sussiste, tuttavia, nel fatto che il legislatore non ammette un giudizio personale, bensì presuppone l'esistenza di giudizio etico-sociale generale a cui il giudice è subordinato.

È considerato particolarmente arduo tracciare un *discrimen* tra le due categorie: i concetti descrittivi, in casi limite, difatti, hanno necessità di essere interpretati, così come spesso si riconosce che anche gli elementi normativi evidenzino un nucleo empirico¹⁸⁶. Il concetto di *töten* (uccidere) è il classico esempio di elemento descrittivo, il quale, tuttavia, necessita di essere accuratamente interpretato, in relazione, per esempio, all'ipotesi di *Sterbehilfe durch Unterlassung*¹⁸⁷; analogamente l'elemento del *niedrige Beweggrund*, in relazione all'ipotesi di *Mord*¹⁸⁸ (il nostro corrispondente all'omicidio aggravato), costituisce un elemento normativo subordinato anche ad un giudizio etico generale.

Nell'utilizzo di elementi normativi il legislatore giunge fino all'introduzione di concetti particolarmente indeterminati, quali *Verwerflichkeit* (riprovevolezza) o *gute Sitten* (buon costume). In queste ipotesi ai confini del rispetto della riserva di legge (*Gesetzesvorbehalt*), nelle quali si rinvia a criteri imprecisi ed extra-giuridici, è da tutelare proprio l'esigenza di un legame del giudice con la legge; ciò sarebbe possibile, sostiene tale dottrina, attraverso il riferimento esclusivamente a concetti di valore conformi alla generalità e concretizzando il contenuto di concetti indeterminati attraverso l'interpretazione¹⁸⁹.

La più recenti posizioni, tuttavia ritengono che una violazione del dovere di

¹⁸⁶ Jescheck-Weigend, §15, 4.

¹⁸⁷ BGH 32, 367.

¹⁸⁸ BGH 3, 132.

¹⁸⁹ Jescheck-Weigend, 2013, § 15, Rn. 4.

determinatezza non si ha con il mero utilizzo da parte del legislatore di concetti giuridici indeterminati ed ancor meno con l'uso di elementi normativi della fattispecie ¹⁹⁰. Mentre una interpretazione restrittiva del principio può determinare una formulazione della norma in maniera dettagliata, senza l'uso di formule generalizzanti, solo apparentemente scevra da problemi interpretativi, ma di difficile comprensione per il destinatario, d'altra parte si critica il fatto che al legislatore si pongano limiti nella scelta di quale tecnica redazionale utilizzare, allorquando reputa l'elemento normativo sufficientemente idoneo ad identificare l'ambito di regolamentazione ¹⁹¹.

Si ritiene, inoltre, pacificamente che il principio determinatezza sia valido anche nei confronti delle *Blankettstrafgesetzen* ¹⁹², le quali presentano caratteri non dissimili da quelle in esame. Esse non descrivono integralmente la condotta vietata e si avvalgono, nel suo necessario completamento, del rinvio ad ulteriori norme. L'evidente carattere che le accomuna agli elementi normativi della fattispecie determina che, per entrambi, si presenti la problematica della compatibilità tra il necessario completamento contenutistico e la conseguente alterabilità indebita da parte dell'interprete.

La giurisprudenza del BGH ha affrontato più volte la tematica della determinatezza del termine *Unzucht* e ne ha sempre sostenuto la costituzionalità ¹⁹³. Attenta dottrina ¹⁹⁴, analizzando invece il concetto di *sexuelle Handlung*, suo successore, evidenzia che ad influire criticamente sull'indeterminatezza della nozione di osceno è la circostanza che spesso venga utilizzato come parametro il cosiddetto "uomo medio". Il senso del pudore e della morale, quali fonti extra-giuridiche a cui fa rinvio l'elemento normativo culturale dell'*Unzucht*, è diversa da individuo a individuo in quanto condizionato

¹⁹⁰ Schmitz, MüKo StGB, § 1, 46.

¹⁹¹ Schmitz, § 1, 46.

¹⁹² BVerfG 14, 245; BGH 6, 40; Puppe GA 90, 162.

¹⁹³ BGH 23, 40 (41); BayObLG JZ 1969, 398.

¹⁹⁴ Beck, *Die sexuelle Handlung*, cit.

dall'educazione, dall'ambiente e dalla propria predisposizione: la sua complessità rende dunque impossibile delineare un valore medio assoluto. Il giudice, difatti, non si basa su alcun valore empirico astratto, bensì più o meno sul proprio modello, su un criterio da individuarsi in buona parte nella generale coscienza giuridica del proprio ambito culturale. Rimane totalmente trascurato, tuttavia, che in una società pluralista non si può assolutamente fornire un tale criterio, in quanto innumerevoli sono i fattori che determinano il pensare e l'agire degli uomini e che, dunque, delineano la complessità della società ¹⁹⁵.

§ 2 c – Successione leggi penali nel tempo – In tema di successione di leggi penali nel tempo viene in considerazione il § 2 StGB, ove al co. 3 disciplina l'ipotesi della *lex mitior*: “*Wird das Gesetz, das bei Beendigung der Tat gilt, vor der Entscheidung geändert, so ist das mildeste Gesetz anzuwenden*”. Punto di riferimento è la modifica della normativa avvenuta dopo la commissione del fatto, ma prima dell'emanazione della decisione. Ampia concordia sussiste in dottrina sul fatto che la modifica delle norme a cui fanno riferimento gli elementi normativi, non costituisce una *Gesetzesänderung* ai sensi della norma citata¹⁹⁶, cosicché una variazione nella norma richiamata non determina una modifica del precetto. Viene, tuttavia, evidenziato come rispetto al principio generale possano configurarsi delle eccezioni, per esempio dinnanzi a quella particolare categoria di elementi normativi, i quali vengo interpretati in maniera rigorosamente *akzessorisch*, per esempio in ambito civile, e la norma di riferimento venga modificata. Secondo tale dottrina, in detta ipotesi l'elemento normativo andrebbe considerato alla stregua di un *Blankettmerkmal* e, dunque, la norma extra-penale di riferimento andrà interpretata come una norma penale ai sensi del § 2 co. 3¹⁹⁷. Una applicazione eccezionale del § 2 co. 3 viene da taluno

¹⁹⁵ Beck, 22.

¹⁹⁶ Bülte, JuS 9/2015, 776; Danneker, §2, 87; Eser-Ecker, §2, 25; Hassemer-Kargl, §2 34; Schmitz, §2, 41.

¹⁹⁷ Schmitz, 41; Bülte, 776.

individuata, inoltre, nell'eventualità in cui la norma di riferimento di un elemento normativo venga meno dall'ordinamento, cosicché svanisca il contenuto stesso dell'elemento¹⁹⁸.

Per quanto riguarda la dottrina italiana, la tesi maggioritaria considera la modifica delle norme extra-penali richiamate, nella misura in cui non intacchi il senso del divieto e il disvalore delle avvenute violazioni, sottratta alla applicazione dell'art. 2. c.p.¹⁹⁹.

Decisamente controversa è, però, l'ipotesi in cui varino i criteri di valutazione culturale richiamati da elementi normativi culturali. In tema di osceno, la Cassazione, in una ormai datata pronuncia, ebbe modo di analizzare il mutare del concetto di comune sentimento del pudore, quale criterio valutativo ai sensi dell'art. 529 c.p., e così statuì che un tale fenomeno non integra una situazione analoga a quella disciplinata dall'art. 2 c.p.²⁰⁰.

In dottrina, accanto a chi sostiene che nell'ambito delle regole culturali varrebbe sempre la regola della irretroattività, altra opinione propende per l'inaccettabilità di perseguire e sanzionare un fatto che al momento del giudizio, a seguito dell'intervenuto mutare del comune senso del pudore, non è più considerato come osceno.

Nel trovare una soluzione, secondo Pulitanò, andrebbe guardata l'effettiva offensività al momento del fatto, a nulla rilevando il successivo mutare della norma etico-culturale che precedentemente la fondava: una tale modifica non altererebbe, infatti, la lesività già patita²⁰¹.

Analoga la posizione di Pagliaro, il quale analizza l'ambito applicativo dell'art. 2 in relazione alla natura della norma richiamata dalla fattispecie penale. Secondo questa premessa alcuna successione di leggi penali si potrà realizzare dinnanzi

¹⁹⁸ Cornelius, MüKoAnwK 2013, 21.

¹⁹⁹ Grosso, *Successione di norme integratrici di legge penale e successione di leggi penali*, RIDPP, 1960, 12; Pagliaro, *v. Legge penale nel tempo*, in ED, XXIII, 1070; Pulitanò, *L'errore...*, 314; Pulitanò, DP, 622; Cass. 2.12.2003, FI 2004, II, 275.

²⁰⁰ Cass. VI, 6.10.1971 – 10.02.72 n. 878.

²⁰¹ Pulitanò, DP, 621.

al mutamento di una regola culturale e, dunque, la qualità di osceno di un comportamento continua a restare tale, nonostante l'evoluzione socio-culturale ne abbia mutato i confini²⁰².

Esclude il fenomeno della successione di leggi anche la Riscato²⁰³, la quale tuttavia in caso di variazione dei canoni extra-giuridici inquadra il fenomeno all'interno del tema dell'interpretazione. L'attuale ed irreversibile erosione della portata incriminatrice che si determina con la variazione del criterio culturale, vede l'autrice affermare, contrariamente alla tesi precedentemente esposta²⁰⁴, che una condotta ritenuta al tempo del fatto oscena, non possa essere più considerata tale se all'epoca del giudizio l'evoluzione socio-culturale ne abbia dilatato il comune senso del pudore sino a rendere nulla l'offensività.

§3d Errore – L'errore riguardo agli elementi normativi della fattispecie penale è unanimemente ritenuta *la meno risolta problematica dell'intera teoria dell'errore*²⁰⁵, un vero e proprio *labirinto dogmatico*²⁰⁶. La complessità ed estensione del tema non esime tuttavia di accennare, seppur brevemente, anche in questa sede alle più significative posizioni presenti attualmente nel dibattito. Sebbene l'errore sia un istituto più presente nei libri che nei tribunali, la sua importanza non è da sottovalutare, soprattutto in ordine alla tematica degli elementi normativi culturali. L'interazione tra norma penale e cultura, che si manifesta in maniera imponente negli elementi normativi culturali di natura sessuale oggetto della nostra analisi, presenta un fondamentale risvolto pratico quando si tratti di valutare le ipotesi in cui un soggetto erri sul senso da attribuirsi al concetto di osceno, di atto sessuale o di pornografia.

Nello StGB tedesco, la disciplina dell'errore trova spazio ai §§ 16 e 17,

²⁰² Pagliaro, *Principi di diritto penale*, 2003, 130-131.

²⁰³ Riscato, *Gli elementi normativi...*, 245 e ss.

²⁰⁴ Pulitanò, 621.

²⁰⁵ Maurach/Zipf, *Strafrecht AT*, I §37, 48.

²⁰⁶ Schünemann, LK, §292, 65.

sotto l'ipotesi del *Tatbestandsirrtum* e del *Verbotsirrtum*, ossia errore sul fatto ed errore sul divieto. Si parla di errore sul fatto allorché l'agente non conosce le circostanze esterne del fatto, le quali sono significative penalmente²⁰⁷. Il dolo deve generalmente ricomprendere tutti gli elementi della fattispecie normativa. Al riguardo, la giurisprudenza precisa che l'agente deve essere a conoscenza del contenuto socio-normativo dell'elemento²⁰⁸: secondo la formula utilizzata in dottrina, è sufficiente ad integrare il dolo la cosiddetta *Parallelwertung in der Laiensphäre*, la conoscenza parallela della sfera laica²⁰⁹. L'autore che agisce dolosamente deve non solo riconoscere le circostanze esterne del fatto, bensì anche il loro significato funzionale, etico, culturale e giuridico²¹⁰.

Nella disciplina del *Tatbestandsirrtum* al § 16 co. 1 il legislatore stabilisce che, non agisce dolosamente chi, nella commissione di un fatto, non ne conosca una circostanza appartenente alla fattispecie giuridica. L'autore non ignora la fattispecie astratta, bensì le circostanze di fatto (*Lebenssachverhalt*), ossia le circostanze le quali integrano gli elementi della fattispecie normativa²¹¹. Secondo l'opinione maggioritaria, nella formulazione *Umstände des gesetzlichen Tatbestandes* ci si riferisce esattamente alla mancata conoscenza degli elementi della fattispecie (*Tatbestandsmerkmale*), tra i quali vengono ricompresi anche gli elementi normativi²¹². Nell'ipotesi *sub* § 16 I non si configura in capo all'autore una rappresentazione erronea di una circostanza di fatto, ossia una rappresentazione diversa da quella che è realmente, bensì una mancanza di

²⁰⁷ Fischer, StGB, 2016, § 16 StGB, 2.

²⁰⁸ BGH, Beck RS 2012, 21344, JuS 2013, 366 (368); Böse, *FS Puppe*, 2013, 1353.

²⁰⁹ Jescheck-Weigend, At, §29 II 3a; Mezger, Lehrbuch, 1949, 325 e ss.; Roxin, AT/1, 12/101; Welzel, *Lehrbuch*, 1969, 73. La valutazione parallela della sfera laica è «la rappresentazione del significato “profano” che l'elemento normativo assume nel linguaggio comune, in via preliminare e su di un piano distinto rispetto alle norme extrapenali di consistenza tecnico-giuridica, a cui il concetto rinvia e la cui conoscenza è di solito riservata ai *chierici*», Risicato, *Gli elementi normativi...*, 289.

²¹⁰ Backes, *Zur Problematik der Abgrenzung*, 121.

²¹¹ Kinderhäuser, AT, 2011, §27, Rn. 7; Sternberg-Lieben D. e I, *Der Tatbestandsirrtum* (§16 I 1 StGB), JuS, 4/2012, 289.

²¹² Fischer, §16, 4.

rappresentazione ²¹³, la quale conduce alla esclusione di una commissione dolosa. Il venir meno del dolo non dipende inoltre dalla evitabilità (*Vermeidbarkeit*) o meno della ignoranza della circostanza, diversamente da come invece avviene nel caso del *Verbotsirrtum* ex § 17 StGB²¹⁴.

Le *Lebenssachverhalt*, circostanze di fatto, che integrano un elemento della fattispecie, ricomprendono oggetti e azioni ad essi connessi, persone, rapporti patrimoniali, informazioni, scritti, diritti e doveri ²¹⁵. Nella formulazione *Tatbestandsmerkmal* in esame la dottrina inquadra gli elementi normativi della fattispecie, i quali dischiudono il loro contenuto in base ad una valutazione giuridica e sono *wertauffüllungsbedürftig* ²¹⁶. Vengono, altresì, ricompresi gli elementi descrittivi, intesi nella loro essenza, generalmente, come non bisognosi di un chiarimento giuridico ²¹⁷. La mancata conoscenza, in capo al soggetto agente, dei fatti contrassegnanti un elemento normativo o descrittivo della fattispecie determina la sussistenza di un *Tatbestandsirrtum*. Nell'ipotesi degli elementi descrittivi può accadere che l'errore sul fatto si basi su una erronea percezione delle circostanze fattuali, la quale tuttavia si sarebbe potuta evitare attraverso delle più attente considerazioni. A riguardo, la dottrina tedesca cita il comune esempio del tiratore, il quale trovandosi in aperta campagna miri e colpisca una cosa, che si rivela essere, a sua insaputa, un uomo e ne causi la morte. In tale ipotesi egli avrebbe dovuto appunto sincerarsi che dinnanzi a sé aveva un uomo e non una cosa. Analogamente potrà accadere in relazione alla erronea conoscenza di una circostanza fattuale integrante un elemento normativo, allorchando ci si impossessi per errore di una giacca non propria ²¹⁸. Le circostanze rilevanti sono, tuttavia, solo quelle che possono avere rilevanza giuridica, l'autore deve coglierle non solo con riferimento ad un dato

²¹³ Sternberg-Lieben, S/S, 2014, §14, 4; Roxin, §12, 95.

²¹⁴ Sternberg-Lieben D. e I, *Der Tatbestandsirrtum...*, 289.

²¹⁵ Vogel, LK-StGB, §16, 5.

²¹⁶ Sternberg-Lieben D. e I, *Der Tatbestandsirrtum...*, 290.

²¹⁷ Circa le considerazioni specifiche sugli elementi della fattispecie v. Cap. II.

²¹⁸ Kinderhäuser, §27, 20; Sternberg-Lieben D. e I, *Der Tatbestandsirrtum...*, 290.

di fatto esterno, bensì anche nel loro significato sociale ²¹⁹. Nel caso di chi getti nella spazzatura dei fogli di carta, perché sussista il dolo dei reati documentali è necessario che l'agente sappia, affinché si realizzi il secondo elemento della *Bedeutungkenntnis* (conoscenza del significato), che si tratta di un *Urkunde* (documento) ai sensi del §§ 267 e seguenti StGB.

Come già accennato, non viene richiesta una esatta comprensione giuridica dell'elemento della fattispecie, bensì è sufficiente comprendere il significato giuridico-sociale dell'elemento, la *Parallelwertung in der Laiensphäre*²²⁰. Tuttavia, non mancano le perplessità da parte chi evidenzia l'incapacità del *laico* di una esatta comprensione dell'elemento normativo, per la generale ricompressione in tale categoria anche di quelli che descrivono situazioni giuridiche o istituti fondati giuridicamente ²²¹.

Le considerazioni sul significato giuridico-sociale della circostanza di fatto dipendono dalla tipologia della stessa. Il requisito della sussistenza della *conoscenza* dell'elemento assume un contenuto diverso a seconda che esso sia descrittivo o normativo. Nel primo caso si parla di elementi i quali descrivono oggetti o processi del mondo reale e il dolo, a riguardo, esige una conoscenza del fatto contrassegnato da tale elemento descrittivo²²², si esige cioè il mero significato *naturale* ²²³; analogamente si ritiene nelle ipotesi in cui appare anche una componente normativa, quali ad esempio gli elementi *Sache* o *Mensch*, in cui si reputa venga in questione la mera conoscenza del fatto (*Tatsachenkenntnis*) ²²⁴.

Nel caso di elementi normativi, dove appunto l'aspetto normativo gioca un ruolo notevole, il significato si dischiude attraverso una comprensione

²¹⁹ Roxin, §12, 101.

²²⁰ BGH 3, 248 (255), NJW 1953, 113; Jescheck-Weigend, §29 II 3°; Kinderhäuser, §27, 24.

²²¹ Puppe, 45.

²²² Joecks, MüKo 2017, §16, 70; Sternberg-Lieben, in S/S, §15,41; Rudolphi-Stein, SK-StGB, 15; Jescheck/Weigend, §29 II, 3a; Vogel, LK-StGB, Rn. 21.

²²³ Wessel-Bülke, AT, 243.

²²⁴ Joecks, MüKo 2017, §16, 70, si riferisce alle ipotesi in cui debba essere constatato l'elemento descrittivo *Uomo*, ove il soggetto abbia una sindrome apallica e dei danni al cervello così gravi da far dubitare della stessa sussistenza dell'elemento *Mensch* ai fini del §211.

intellettuale dell'atto. L'autore deve, dunque, conoscere il fatto e deve cogliere l'elemento della circostanza di fatto da sussumere sotto l'elemento normativo, nel suo significato che fonda il disvalore che rappresenta ²²⁵. Se tuttavia l'autore è dell'opinione errata che la sua condotta non sia ricompresa in una determinata fattispecie, si tratta di un errore di sussunzione che non tocca il dolo ed eventualmente rappresenta un *Verbotsirrtum* ²²⁶.

Nella analisi dei singoli elementi normativi culturali in tema di reati sessuali, la dottrina maggioritaria guarda alla tematica del dolo e dell'errore solo in relazione alla circostanza di fatto in sé considerata. In tema di *sexuelle Handlung* si afferma generalmente che il dolo, in relazione al carattere della condotta, deve ricomprendere perlomeno le circostanze fattuali, le quali rendano *connotato sessualmente* l'atto secondo il suo *aspetto esterno* e sostengano il giudizio di *rilevanza*, sebbene tuttavia “non è richiesto che l'autore condivida tali valutazioni” ²²⁷.

Accanto alla posizione della dottrina maggioritaria sugli elementi normativi, attenta dottrina ²²⁸, analizzando le *Tatumstände* che concretamente possono essere oggetto del § 16, afferma che tali possono essere solo le *Tatsachen*, i fatti, ma non le *Werturteile*, ossia i giudizi di valore ²²⁹. La fattispecie non descrive in tal caso le *Tatumstände* attraverso degli elementi descrittivi, bensì indirettamente attraverso degli elementi valutativi: nella categoria vengono appunto ricompresi elementi quali *pornographisch* (§ 184) o *grausame oder unmenliche Gewalttätigkeiten* (§ 131). All'agente, tuttavia, non viene generalmente richiesto di effettuare un giudizio di valore sulla propria condotta, egli deve conoscere le circostanze di fatto, le quali integrano l'elemento valutativo, ossia fondano il giudizio ai sensi dell'elemento della fattispecie valutativo.

²²⁵ Joecks, MüKo 2017, §16, 70; SK-StGB/Rudolphi/Stein Rn. 15a; LK-StGB/Vogel, Rn. 26.

²²⁶ Joecks, MüKo 2017, §16, 70; Lackner/Kühl, § 15 Rn.14; Sternberg-Lieben S/S, § 15 Rn.43 e ss.; Schmidhäuser 10/52.

²²⁷ Fischer, §184h, 10.

²²⁸ Puppe, NK StGB, sub §16.

²²⁹ Puppe, 29.

L'incapacità di un elemento valutativo di descrivere dei fatti non preclude una connessione con questi ultimi, in quanto un giudizio di valore non avrebbe alcun senso senza il riferimento al fatto alla base della valutazione: si parla a riguardo di *componente descrittiva del predicato valutativo*²³⁰. Si pensi all'espressione "questo materiale è pedopornografico" senza considerare le proprietà del prodotto in questione. Dette proprietà sono considerate le circostanze di fatto (*Umstände*) intese dal § 16 come appartenenti alla fattispecie, sulle quali deve necessariamente sussistere il dolo²³¹.

Se da un lato l'elemento valutativo non descrive un fatto, dall'altro, si afferma, il suo contenuto valutativo appartiene al significato della fattispecie²³², e dunque è inevitabile porsi il problema di come vada risolto il caso di errore in cui l'autore conosca il fatto rilevante valutativamente, ma non lo giudichi secondo il significato del *Tatbestandsmerkmal*. L'irrilevanza (*Unbeachtlichkeit*) di un tale errore viene fondata con il fatto che si tratta di un errore di sussunzione (*Subsumtionsirrtum*) in quanto l'agente applica in maniera inesatta il *Wertpredikat* sulla circostanza di fatto²³³. Secondo detta opinione, l'erronea sussunzione può essere ritenuta risolutiva della questione dell'errore solo nell'ipotesi in cui l'autore consideri propria una dichiarazione di valore ulteriore, la quale alla propria è sinonima o la sottintenda. Le ipotesi controverse e più frequenti sono, tuttavia, quelle ove la valutazione in capo all'autore non è compatibile con quella sottointesa nel giudizio tipico. In tale ipotesi il soggetto agente non erra su quale concetto utilizza la legge, bensì egli ha una *falsa rappresentazione* del concetto stesso. La falsa rappresentazione viene intesa, dunque, come una *falsche Parallelwertung*, la quale viene inquadrata nella *Wertungsirrtum*²³⁴. Evidenzia l'autrice, tuttavia, che la regola della *Parallelwertung* su elementi valutativi viene

²³⁰ Cfr. Puppe GA 1990, 172 e ss.

²³¹ Puppe, 55; Schaffstein, *FS OLG Celle*, 1961, 195 e ss; Vögel, 50; Eser, S/S, §211, 38; BGH 22,77 (80); BGH NJW 1967, 140.

²³² Puppe, 55.

²³³ BGH 50, 331, 346; Roxin, AT/1 10/45; Fischer, §184, 42.

²³⁴ Puppe, 57.

impiegata solo da una opinione minoritaria, così ritenendo che il *Wertungsirrtum* esclude il dolo²³⁵.

La trasposizione della teoria del *giudizio parallelo* agli elementi valutativi viene accolta da una piccola parte della dottrina²³⁶, la quale giunge a configurare un *Wertungsirrtum* che esclude il dolo. La dottrina maggioritaria, invece, non riconosce una applicazione del giudizio parallelo nel caso di errore nella valutazione, ma reputa necessario e sufficiente che il soggetto agente abbia la rappresentazione del fatto fondante il giudizio²³⁷. Alla base di una tale esclusione si sostiene che la sussistenza del dolo non dipende dal fatto che l'autore valuti la sua condotta secondo il significato dell'elemento della fattispecie²³⁸. Il rigetto della valutazione parallela nella sfera laica degli elementi valutativi si basa sulle considerazioni giuridiche delle cosiddette *Kulturnormen*²³⁹. Le decisioni fondate sui valori (*Wertentscheidungen*) sono codificate nel *Kernstrafrecht*, le quali sono radicate nella coscienza generale della società e nel suo sviluppo storico-culturale. La loro validità è presupposto dell'esistenza della società, cosicché esse non possono essere considerate dipendenti dalla conoscenza del singolo. L'agente, dunque, deve conoscere dette *Kulturnormen* e attualizzarle nel singolo caso attraverso la cosiddetta *Gewissensanspannung*: ciò vale pure per quelle valutazioni che sono espresse in elementi della fattispecie che valutano delle circostanze di fatto. A fondamento della succitata impostazione la dottrina fa riferimento ad una fondamentale decisione del BGH in composizione di *große Senat*²⁴⁰ che, nel giudizio sulla *Verwerflichkeit* (riprovevolezza) di un *Nötigung* non ha considerato escluso il dolo, affermando che l'uomo è sempre chiamato a decidere se agire lecitamente o meno, con ciò

²³⁵ Vögel, LK, 51; Schmidhäuser, AT 10/53; Schröder ZStW 65, 1953, 58; Jakobs, 8/57.

²³⁶ Baumann/Weber/Mitsch AT 21/8; Jakobs 8/57; Schmidhäuser, AT 10/53; Schröder ZStW 65 (1953), 178.

²³⁷ Frister, AT 11/41.

²³⁸ Eser, S/S, §211, 38; L-Kühl, §15, 17; Roxin, Tiedmann FS, 2008, 375, 382 e ss; Schaffstein, 175, 196 e ss.

²³⁹ Mayer, 1903, 47 3 ss.

²⁴⁰ BGH GS 2, 194, 201.

riferendosi non solo all'ubbidienza delle norme a lui note, bensì all'obbligo di venire a conoscenza delle norme rilevanti per la sua eventuale condotta, quantomeno quando esse appartengano alle elementari norme della convivenza sociale, le quali vengono tutelate dal *Kernstrafrecht*. L'autore normalmente socializzato nella società è, dunque, tenuto ad acquisire la conoscenza dei valori e delle norme elementari della convivenza sociale, affinché egli possa consultare la propria coscienza e le proprie *Wertvorstellungen*. Conseguenza di una tale premessa non è che il dolo dipende dal fatto che l'autore condivida le rappresentazioni di valore espresse negli elementi valutativi della fattispecie, bensì al contrario che il rimprovero doloso non viene alleggerito se l'autore non condivide dette norme. La validità delle norme elementari e delle decisioni di valore di un ordinamento giuridico non può appunto dipendere dal fatto che l'autore le accetti o meno. Questo è appunto il motivo perché la teoria della *Parallelwertung in der Laiensphäre* non può trovare applicazione sugli elementi della fattispecie valutativi²⁴¹. In conclusione, gli elementi della fattispecie valutativi non contrassegnano un fatto, bensì una valutazione, la quale ai sensi del § 16 StGB non appartiene al dolo²⁴².

Nella prospettiva italiana, la questione dell'errore sugli elementi normativi poggia le sue fondamenta sugli artt. 5 e 47 c. 3 c.p. . Se il dato di partenza è di per sé estremamente complesso e controverso, certo non aiuta la nostra disciplina dell'errore, la quale in fatto di chiarezza lascia a desiderare. Ulteriore punto di frizione è la tradizionale ricomprensione sotto un unico istituto degli elementi normativi giuridici ed extra-giuridici.

Per quanto qui rileva, la questione è determinare se un errore sulle disposizioni richiamate da un concetto normativo culturale sia un errore sulla legge penale o è causa di un errore sul fatto di reato. Nella trattazione del tema occorre ovviamente fare riferimento alla categoria generale degli elementi

²⁴¹ Puppe, 59.

²⁴² Puppe, 44.

normativi extra-giuridici, di cui fanno parte, ove si tenta di trovare una soluzione attraverso la distinzione tra disposizioni integratrici e non integratrici del precetto. La giurisprudenza, a riguardo, tende a considerare legge extra-penale ai sensi dell'art. 47, soltanto una legge destinata a regolare rapporti giuridici non di carattere penale e che non sia richiamata in una norma penale né in essa esplicitamente o implicitamente incorporata²⁴³. Ciò detto, ne deriva che viene intesa come norma integratrice qualsiasi disposizione, a prescindere dalla sua natura, richiamata dalla norma incriminatrice, così incorporandosi nel precetto e diventando essa stessa penale. Una tale affermazione determina che un errore sulle norme qualificatrici degli elementi normativi verrà inquadrato all'interno dell'errore sulla legge penale di cui all'art. 5, così peraltro determinando una totale svuotamento di contenuto dell'art. 47 co. 3 c.p..

In dottrina²⁴⁴, al contrario, la posizione maggioritaria parte dalla constatazione che le modalità di integrazione della norma incriminatrice da parte delle disposizioni richiamate dagli elementi normativi assumono caratteri distinti rispetto alle categorie affini. Esse non configurano nuovi elementi del reato, aggiuntivi a quelli già previsti dalla norma richiamante, in quanto il precetto è già interamente posto dalla norma, indipendentemente dalla natura descrittiva o normativa dei concetti adoperati²⁴⁵. Nella relazione tra elementi normativi e legge extra-penale, viene evidenziato, occorre scindere il nucleo significativo del concetto normativo, che recepisce e rende rilevante in sede penale una data qualifica extra-penale, dal riferimento a fattispecie extra-penali quali criteri per l'applicazione della qualifica nei casi concreti²⁴⁶. Scindendo in questo modo l'essenza del concetto normativo, la disposizione extra-penale che

²⁴³ Cass. 11.01.2000, RTDPE, 2000, 1095; Cass. VI 3.06.1994, CP 1996, 3320.

²⁴⁴ Sul tema dell'errore v. Cocco, *L'errore sul fatto*, in Ronco II/1, 685; Cocco, *Errore sul fatto tipico* (art. 47), in Cocco, MDP, PG 1-2, Il reato, 207 e ss.

²⁴⁵ Pulitanò, DP, 355.

²⁴⁶ Belfiore, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, 1997, 230; Cocco, 219; Morgante, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, 2002, 157-184; Pulitanò, DP, 355, Romano, *Comm.*, 498; Vallini, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, 2003, 187; De Vero, *L'errore sul fatto costitutivo di reato*, SI 1999, 508.

concorre a identificare il nucleo significativo dell'elemento normativo, assume la qualifica di norma integratrice del precetto e, dunque, l'errore al riguardo è riconducibile alla disciplina dell'art. 5. Diversamente, nel secondo caso, si reputa l'errore non riguardante il senso del divieto o il suo significato precettivo, determinando così un errore compatibile con la comprensione del precetto ²⁴⁷. In tale ipotesi in capo all'agente si realizza una erronea interpretazione delle norme (errore di diritto) atta a impedire che la qualifica espressa dall'elemento normativo possa essere riferita alla situazione concreta (e dunque cade sul fatto). In altre parole il soggetto non ignora, o non disconosce, il precetto del non rubare, quando erra sui modi di acquisto della proprietà, bensì erra sulla comprensione degli aspetti della situazione concreta in cui agisce e dai quali dipende la tipicità penale del fatto, da ciò discendendo un errore ex art. 47 co. 3 c.p. ²⁴⁸.

La questione è se tale prospettiva possa essere trasposta alla categoria degli elementi della fattispecie extra-giuridici, i quali fanno riferimento ad una norma culturale, etica o morale. A riguardo, benché il contenuto della relativa norma sia estremamente variabile nel tempo e nello spazio, la dottrina maggioritaria considera le conclusioni formulate circa gli elementi normativi di natura giuridica pacificamente trasponibili anche agli elementi in questione. Nell'ipotesi dell'*osceno* si reputa scindibile il nucleo significativo del concetto dalle norme culturali rilevanti nella concreta applicazione. Da una tale premessa ne deriva che, un'erronea ricognizione del sentire sociale, a seguito del quale si reputi un dato spettacolo come osceno, non comporta un errore sul precetto penale, ma è un errore sul significato sociale del fatto che esclude il dolo del reato ²⁴⁹.

Differente opinione ²⁵⁰, al contrario, ritiene non applicabile all'ipotesi

²⁴⁷ Pulitanò, DP, 356; Cocco, 219;

²⁴⁸ Pulitanò, DP, 357; Cocco, 220.

²⁴⁹ Pulitanò, DP, 357; Cocco, 220-221.

²⁵⁰ Risicato, 346 e ss.

degli elementi normativi extra-giuridici lo schema di ragionamento sopra proposto: la distinzione tra “tipo” e “parametro” sarebbe, a loro avviso, compatibile solo con gli elementi normativi giuridici. Viene, invece, focalizzata l'attenzione sul parametro di definizione degli elementi extra-giuridici di natura valutativa, il *Wertmaßstab*, il quale appunto è di natura extra-legislativa²⁵¹. Lo stesso dato testuale dell'art. 47 co. 3 parrebbe suffragare una incompatibilità tra i due istituti, in quanto recita espressamente *legge diversa da quella penale*. Il *Wertmaßstab*, difatti, è totalmente estraneo a un contesto legislativo formale, così determinando che esso si collochi in una fonte non distinta dalla legge penale²⁵². A ulteriore fondamento della fusione tra precetto ed elemento valutativo vi è la constatazione che il significato di un elemento normativo valutativo può essere ricostruito solo ed esclusivamente in funzione del senso precetto. Un errore su un elemento normativo culturale viene considerato, pertanto, come un errore di interpretazione della legge penale, così confermando l'applicabilità dell'art. 5²⁵³. Eliminando mentalmente l'aggettivo *osceno* dalla formulazione della relativa disposizione incriminatrice, la condotta tipica perde ogni connotazione di disvalore: l'errore sulla oscenità di un atto, dunque, si traduce in un errore sul senso e sui limiti dell'incriminazione, ossia sulla legge penale²⁵⁴. In applicazione di una siffatta impostazione, chi, per via dei propri presupposti culturali, erroneamente consideri la sua condotta come non offensiva del senso del pudore, integrerà un errore di diritto penale, inescusabile, salvo il riconoscimento dei criteri enucleati dalla Corte a tutela di chi, per esempio, si trovi in uno stato di desocializzazione²⁵⁵.

Una simile conclusione viene tuttavia criticata alla luce dei principi in tema di dolo che da una tale lettura vengono appunto notevolmente

²⁵¹ Risicato, 346.

²⁵² Risicato 347.

²⁵³ De Vero, 508; Risicato, 346 e ss.

²⁵⁴ Risicato 349.

²⁵⁵ Cfr. Cocco, *L'errore sul fatto*, 726.

pregiudicati. È, dunque, in forza dei suddetti principi, che deve essere ascritto al fatto l'errore sugli elementi culturali che si concretizzi nel ritenere un dato spettacolo come non osceno ²⁵⁶.

²⁵⁶ Cocco, 221.

CAPITOLO II

GLI ELEMENTI NORMATIVI CULTURALI NEI REATI SESSUALI.

§ 1. Introduzione.

Secondo l'impostazione tradizionale, per elementi normativi della fattispecie penale si intendono quei concetti che possono essere pensati e rappresentati solo sotto il presupposto logico di una norma²⁵⁷. All'interno della categoria possono essere poi distinti elementi normativi giuridici, i quali rinviano ad una norma giuridica, e extra-giuridici, i quali fanno riferimento a norme culturali, quali morali, sociali, di costume, etc.²⁵⁸. Questi ultimi rappresentano, dunque, la dimostrazione di una possibile intersecazione tra norme penali e norme culturali²⁵⁹; una precisa scelta ad opera del legislatore, il quale decide di attribuire rilievo a valori, di per sé mutevoli nel tempo e nello spazio, che oggi più che mai, a stento possono rappresentarsi in una norma determinata.

La analisi degli elementi normativi culturali che verrà di seguito esposta si incardina nel settore del diritto penale sessuale. Comprendere e porre a confronto elementi di valutazione culturale appartenenti a due culture differenti, in una tematica quale quella sessuale, ove la morale trova preziosa linfa, non è un lavoro fine a sé stesso, soprattutto in un contesto di profonde e rapide modifiche culturali quali quelle che caratterizzano l'area europea. Il localismo del diritto penale si scontra con l'esigenza di flessibilità e apertura che una società multiculturale esige.

§ 2. La tradizionale problematica dell'osceno.

2.a. I concetti di *Unzucht und unzüchtige Handlungen*.

§2a. *Unzucht und unzüchtige Handlungen*. - Il concetto di *Unzucht*,

²⁵⁷ Engisch, 147.

²⁵⁸ Già Mezger, *Vom Sinn...*, 226.

²⁵⁹ Basile, 133.

traducibile con l'espressione osceno, rappresenta l'antecedente storico dell'attuale *sexuelle Handlung*, introdotto dal 4. StrRG del 23.11.1973. Esso costituiva la nozione chiave di tutte le *Sittlichkeitstatbestände*: il XIII *Abschnitt*, difatti, conteneva una vasta gamma di espressioni che utilizzavano il termine *Unzucht*, come per esempio *gewerbsmäßige Unzucht*, *zur Unzucht missbraucht*, *unzüchtige Schriften*, *unzüchtiger Verkehr*, *Gegenstände zu unzüchtigen Gebrauch*. La caratterizzazione come *Unzucht* di fenomeni particolarmente differenti ha determinato che la sua portata non coincida pienamente in tutti gli *Straftaten gegen die Sittlichkeit*: si potrà notare la differenza, per esempio, in relazione al concetto di *widernatürlichen Unzucht* o di *unzüchtigen Schriften* ²⁶⁰. La presenza della doppia formulazione *Unzucht* e *unzüchtige Handlung*, inoltre, non era considerata problematica e, anzi, si riteneva fosse generalmente impossibile tracciare un *discrimen* tra tali concetti: il primo ricomprenderebbe, come *Kollektivbegriff*, tutte le *unzüchtige Handlungen* ²⁶¹.

La sua centralità e importanza nello StGB non aveva tuttavia sollecitato il legislatore a porre una apposita norma definitoria, lasciando alla giurisprudenza e alla dottrina un arduo compito interpretativo.

Il concetto di *Unzucht*, al pari dell'osceno, come vedremo, viene ricompreso nella categoria dei *wertausfüllungsbedürftigen Begriff*, quale *elemento normativo della fattispecie* ²⁶² o meglio, quale *elemento normativo della fattispecie con valutazione culturale* ²⁶³. È pacifico, difatti, che esso rappresenti il classico elemento normativo che abbisogna, per il suo *riempimento di valore*, di un rinvio alle (ampie ed indeterminate) norme extra-giuridiche attinenti alla cultura e alla morale (sessuale).

Secondo l'uso linguistico tradizionale è considerata *Unzucht* quella

²⁶⁰ Brüggemann, 35

²⁶¹ Binding, *Unzüchtige Handlungen und unzüchtige Schriften*, ZstW 2 (1882), 450); BGH, NJW 52, 796.

²⁶² Mezger, Lehrbuch, 3 ed, 1949, 56.

²⁶³ Laufhütte - Roggenbuck, 1217.

condotta che lede le norme del decoro e della morale ed è finalizzata al soddisfacimento dell'istinto sessuale ²⁶⁴. Sin da tale prima e superficiale definizione della nozione è osservabile come una *unzüchtige Handlung* determini che ci “si basi immediatamente su criteri di natura morale” ²⁶⁵. La giurisprudenza più datata considera *Unzucht* innanzitutto ogni condotta contro l'ordine (*Zucht*) ed il buon costume (*Sitte*) nell'ambito delle relazioni sessuali tra almeno due persone ²⁶⁶. La sua determinazione dipende dalla ampiezza delle opinioni socio-culturali e dalle particolarità regionali ²⁶⁷, dal senso del pudore e dalla morale della generalità dei consociati. Giova precisare che la sua essenza non è rappresentata dalla morale nella sua interezza, bensì è limitata al settore della sessualità, così come ha dimostrato la sua successiva evoluzione terminologica nel termine di *sexuelle Handlung*. Il continuo mutamento a cui sono sottoposte le opinioni morali è un dato certo, come dimostrano i mutamenti degli ultimi cento anni, in particolare nel secondo dopo-guerra, e specificamente negli anni '60, in cui si è verificato nella Bundesrepublik una ampia, veloce e profonda trasformazione dei costumi ²⁶⁸: esemplare il fenomeno della FKK, *die Freikörperkultur*, punto di riferimento nel nostro studio, che proprio in quegli anni riveste una portata notevole.

Dalla analisi di alcune pronunce giurisprudenziali emerge che la nozione fa riferimento anche al parametro dello *Schamgefühl*, il senso del pudore, quale “peculiarità umana, che in particolare nell'ambito sessuale rappresenta una arbitraria, istintiva e soggettiva reazione” ²⁶⁹.

La complessità del concetto si sostanzia, pertanto, nella conciliazione, in un unico elemento normativo, di due fenomeni molto diversi: da un lato il

²⁶⁴ Fonte: www.duden.de [aprile 2017]: “gegen die sittliche und moralische Norm verstößendes Verhalten zur Befriedigung des Geschlechtstriebes”.

²⁶⁵ Hörnle, MüKo 2017, § 184g, Rn 1.

²⁶⁶ RGSt 11, 4 (5).

²⁶⁷ Brügemann, 34.

²⁶⁸ Cfr. BayObLG JZ 1969, 398.

²⁶⁹ Jäger, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, 97 ss.

fondamento morale, il quale si orienta verso delle vere e proprie norme e genera una reazione meno istintiva, dall'altro il pudore, quale sentimento estremamente soggettivo e variabile ²⁷⁰. Notevoli perplessità sono sorte circa la loro armonizzazione in una unica figura delittuosa e, dunque, sulla possibilità di poter desumere un modello comportamentale²⁷¹.

Gli approfondimenti sul significato e portata dell'elemento normativo dell'*Unzucht* hanno come base alcune pronunce della giurisprudenza del *Reichsgericht in Strafsachen* e del *Bundesgerichtshof in Strafsachen* (BGH). L'entrata in vigore della disciplina contenente il termine, di fatti, copre oltre un secolo: dal 1872, anno di entrata in vigore del RStGB (*Reichsstrafgesetzbuch*) sino al 1973, anno della IV Riforma dello StGB. Inevitabile è, dunque, che la delimitazione dello *Unzucht* sia stata intensamente influenzata dall'attività interpretativa giurisprudenziale, la quale, come si afferma, ha gravato la nozione di un carattere fortemente *emozionale* ²⁷² (classico è l'esempio dell'incriminazione dei rapporti sessuali tra fidanzati fuori dal matrimonio ²⁷³), di modo che il suo uso appariva spesso non politicamente opportuno ²⁷⁴.

Secondo una definizione del BGH esso viene inteso come una “*Verhalten, das seinem äußeren Erscheinungsbild nach eine Beziehung zum Geschlechtlichen hat, objektiv das Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Hinsicht gröblich oder erheblich verletzt und subjektiv von einer wollüstigen Tendenz oder Vorstellung getragen ist*” ²⁷⁵, ²⁷⁶. L'utilizzo di concetti dalla portata altrettanto indeterminata ha reso necessarie ulteriori pronunce chiarificatrici, le quali, come vedremo, hanno

²⁷⁰ Beck, *Die sexuelle Handlung*, 22.

²⁷¹ Beck, 21.

²⁷² Laufhütte/Rogenbuck, premessa al §184g.

²⁷³ BGS 6 46; BGH 17 230.

²⁷⁴ Laufhütte/Rogenbuck, premessa al §184g.

²⁷⁵ BGHSt 15, 118 (124); RGSt, 28 79; RGSt, 67 110 e ss.; cfr. BGHSt 1, 168; BGHSt 2 212; BGHSt 17 280.

²⁷⁶ Qui di seguito una traduzione informale: “condotta, la quale secondo il suo aspetto esteriore presenta una relazione con la sessualità; dal punto di vista oggettivo lede gravemente e notevolmente il senso del pudore e la morale, mentre soggettivamente è sorretto da una tendenza o rappresentazione voluttuosa”.

inciso in modo meramente superficiale, lasciando pressoché intatta la problematica della sua determinatezza.

Dottrina e giurisprudenza dominanti ritengono che una *unzüchtige Handlung* si può ripartire in una componente oggettiva ed una soggettiva.

L'elemento oggettivo fa riferimento ad una condotta che manifesta una *Beziehung zum Geschlechtlichen*, ossia si deve basare sul *Sinnenlust*²⁷⁷. In buona parte delle pronunce viene sottolineato inoltre “*ohne dass diese ohne weiteres erkennbar zu sein brauchen*”, ovvero che tale circostanza non abbisogna senz'altro di essere riconoscibile. Nella valutazione della azione, difatti, ha rilevanza solo ciò che appare esteriormente: il cosiddetto *Erscheinungsbild*.

La condotta deve ledere oggettivamente il sentimento del pudore e della morale in ambito sessuale²⁷⁸. Il giudizio sulla condotta non viene effettuato autonomamente da parte del diritto penale, bensì, attraverso degli elementi normativi della fattispecie di natura culturale (*Anstands-, Scham- und Sittlichkeitsgefühl*), una cerchia di norme extra-penali di natura etico-morale, che come abbiamo constatato, difficilmente possono essere considerate determinabili sufficientemente. La giurisprudenza afferma che lo *Scham- und Sittlichkeitsgefühl* vada inteso come “*Wertvorstellung* della nostra cultura”, la quale si fonda sulle fondamentali opinioni morali in ambito sessuale della comunità²⁷⁹. Criterio di valutazione è proprio l'opinione delle persone moralmente sensibili²⁸⁰, o considerate *sane e normali*²⁸¹, ma non il sentire del singolo o di una singola cerchia di persone, per di più se caratterizzate da un sentimento di esagerata ritrosia o noncuranza²⁸². Determinante è considerato poi il complesso di circostanze nel quale il corso degli eventi si svolge, l'ambiente nel quale l'azione viene commessa, gli usi e costumi della cerchia di soggetti

²⁷⁷ BGHSt, 2 163 (167).

²⁷⁸ Mezger, *Lehrbuch*, 3 ed., 56; Maurach, 5. ed., 427.

²⁷⁹ BGHSt, 23 40 (42).

²⁸⁰ RG JW 1936, 389;

²⁸¹ BGHStr 3, 295; BGHStr 23, 40 (41);

²⁸² BGHStr 23, 40 (41);

coinvolti, la relazione tra gli interessati, il loro grado di formazione o se l'azione viene svolta pubblicamente o di nascosto ²⁸³. Come si è avuto già modo di evidenziare, le pronunce difficilmente seguono un unico filone interpretativo, in quanto la componente soggettiva dell'interprete, in una tematica quale quella della oscenità di una condotta, determina qualificazioni dei fatti totalmente distinte.

La lesione del senso del pudore e della morale sessuale deve essere grave ²⁸⁴ e notevole, e manifestarsi in maniera esterna e certa. Il requisito quantitativo e qualitativo determina che non è, dunque, ricompreso ogni insignificante contatto (bacio, abbraccio), carezza inopportuna od ogni indiscrezione sgradevolmente manesca, anche se soggettivamente si basa sul piacere dei sensi (*Sinnenlust*) o mira ad esso ²⁸⁵. Così il toccare fugacemente il seno di una donna sopra i vestiti ²⁸⁶, o la coscia nuda di un bambino ²⁸⁷ o una carezza ²⁸⁸ non è valutato come osceno (*unzucht*). Ogni azione deve possedere un certo rilievo e solo trasgressioni gravi giustificano un intervento penale nell'ambito sessuale ²⁸⁹.

La parte del corpo verso cui si rivolge l'azione, inoltre, non ha bisogno di essere nuda ²⁹⁰. Essenziale, ad ogni modo, è che la condotta sia idonea astrattamente a suscitare scandalo; salvo che, come nel §183 StGB, la norma non preveda espressamente che l'agente lo causi concretamente ²⁹¹.

Secondo la dottrina e la giurisprudenza dominante, affinché una

²⁸³ RG JW 1937, 2385;

²⁸⁴ RGSt 32, 418, in relazione al §184 StGB; *contra* Mezger, *Lehrbuch*, 55, il quale ritiene tale caratterizzazione *zutreffend*.

²⁸⁵ RG HRR 1937, 1050; RGStr 67, 173; BGH 17 280; *contra* RGSt 32 418, secondo la quale il testo legislativo non contiene alcuna restrizione, una lesione del senso del pudore pertanto presupporrebbe anche una violazione non notevole.

²⁸⁶ BGHSt 544/70, 24.11.1970; *contra* RGStr 58, 277.

²⁸⁷ RG DR 1943, 1035.

²⁸⁸ RG JW 1936, 1909.

²⁸⁹ Mösl, LK, 78; Mezger, *Lehrbuch*, 3 ed., 55.

²⁹⁰ RGStr 58, 278; Mezger, 56.

²⁹¹ Mezger, 56.

condotta sia considerata come oscena è necessario, soggettivamente, che essa sia commessa con un'intenzione, uno scopo voluttuoso (*wollüstig*²⁹²), e dunque essere una azione diretta all'eccitazione o al soddisfacimento dell'istinto o del desiderio sessuale, proprio o altrui²⁹³. La azione deve basarsi sul *Sinnenlust* o sulla lascivia (*Geilheit*) ed essere sorretta da detto desiderio. Autorevole dottrina ritiene lo scopo voluttuoso come un elemento psichico, il quale appartiene al concetto: esso è, dunque, un "*subjektives Tatbestands (Unrechts-) Element*"²⁹⁴. Il motivo sessuale o il contenuto sessuale dell'atto psichico deve fondamentalmente essere noto all'autore, cosicché moventi sessuali totalmente inconsapevoli, come sono immaginabili per esempio nel caso di furti feticisti o incendi o simili, non sono sufficienti ad integrare l'elemento. Motivi sessuali inconsapevoli mancherebbero, appunto, della componente soggettiva²⁹⁵. L'illecito si ritiene integrato, invece, allorché l'autore intenda l'azione come un maltrattamento "lussurioso" (*geil*), come nel caso delle manipolazioni omosessuali, di cui gli è nota la indecenza. Non vi rientrano azioni scherzose²⁹⁶, o commesse con rabbia²⁹⁷, punizioni svergognate sul corpo nudo, azioni superstiziose²⁹⁸, di curiosità, di avidità di sapere o simili; allo stesso modo, azioni caratterizzate da un mero scopo economico.

Quanto alle condotte oggettivamente oscene, ma soggettivamente non tali a causa della (principale) finalità economica, merita attenzione il fenomeno del cosiddetto *Peep-show*. Una minoritaria opinione sostiene che una ballerina di striptease o un attore di un *Peep-show*, i quali non agiscono con lo scopo di stimolare o soddisfare sessualmente, bensì alla luce di un mero scopo

²⁹² Da intendersi retta da lussuria, BGHSt 63 12.

²⁹³ RG JW 1936, 389 (390); BGHSt 17, 280 (285); Welzel, 431; Mezger, 56.

²⁹⁴ Mezger, 56; Beck, 18; Laufhütte/Roggenbuck, LK, §184g, Rn. 3.

²⁹⁵ Mezger, 56; Beck, 18.

²⁹⁶ RG DR 1944, 767.

²⁹⁷ RJ JW 1936; 389.

²⁹⁸ RGSt 57, 239.

economico, non commettono una *unzüchtige Handlung*²⁹⁹. Al contrario parte della dottrina³⁰⁰, non esigendo alcuna intenzione voluttuosa da parte dell'autore, ritiene sufficiente che il *sentimento sessuale* sia o si sia potuto realizzare in capo ad almeno un partecipante. Conseguentemente, tali spettacoli a sfondo erotico vengono considerati osceni allorché l'osservatore partecipa all'azione spinto da un motivo sessuale. È, infatti, evidente che lo scopo principale e il compito del soggetto attivo in questione sono quelli di stimolare l'impulso sessuale dello spettatore, a nulla rilevando che il suo obiettivo ultimo sia quello economico di conseguire una paga. Autorevole dottrina, difatti, evidenzia come in linea di massima è indifferente che l'autore voglia stimolare o soddisfare il proprio o altrui impulso sessuale³⁰¹; ciò però non esclude che debba sussistere in capo allo stesso una interna partecipazione sessuale³⁰². Diversamente si ritiene nel caso di induzione (*Verleitung*) di minori, i quali ancora non posseggono un vero e proprio sentimento sessuale; in tal caso l'intenzione voluttuosa deve sussistere solo in capo all'autore³⁰³.

Sebbene alcune ipotesi fattuali vengano rappresentate attraverso il medesimo *Erscheinungsbild*, è ben possibile che dal punto di vista soggettivo non siano idonee ad essere configurate come condotte oscene (*unzüchtige Handlungen*): lo scopo voluttuoso in capo all'autore non trova, infatti, espressione nel manifestarsi esterno del fatto³⁰⁴. Classico l'esempio del medico ginecologo, il quale agendo con mera finalità medico-diagnostica non commette alcun atto osceno, analogamente se agisca a scopo terapeutico, o con

²⁹⁹ Beck, 19.

³⁰⁰ Schronke-Schröder, XVI Ed., pre §173 StGB, Rn. 8. *contra* BGH 15 276, la quale ritiene che l'autore attraverso il suo agire non persegue il fine di soddisfare la propria *Geschlechtstlust*, bensì esso è indirizzato all'interesse di un terzo.

³⁰¹ Idem BGH 15, 277, 278; BGH II, 4. 1. 1961, n. 534/60.

³⁰² Mezger, 56; RGSt 28, 77 e ss.

³⁰³ Beck, 19.

³⁰⁴ Contrariamente si afferma in relazione alla fattispecie ex §183, ove la configurazione dell'illiceità essenzialmente dipende dagli effetti verso l'esterno e perciò l'azione non ha bisogno di provenire da un motivo sessuale, diversamente dal caso sub § 174-176 StGB. Mösl, LK, 78; Mezger, *Lehrbuch*, 56.

scopo scientifico. La rilevanza penale della condotta emerge allorché, invece, sussista anche un'intenzione di natura sessuale: egli agisce in maniera oscena, anche se la sua condotta sia *lege artis* e la paziente non noti nulla di questo secondo movente ³⁰⁵. Problematica è dunque la qualificazione della condotta quando scopi di diversa natura coesistono, di cui sono anche casi paradigmatici le punizioni autorizzate, allorché si uniscono ad uno scopo sadico, o l'attività artistica erotica che si realizzi con una intenzione *unzuchtig*. Il fine legittimo alla base della condotta non esclude l'atto osceno: è decisiva la ponderazione di valori del caso singolo ³⁰⁶, allorché lo scopo osceno sia dominante, allora la condotta sarà perseguibile.

L'*Unzucht* caratterizza molteplici fattispecie, le quali spesso descrivono condotte decisamente differenti: la questione se un'espressione orale con contenuto osceno possa essere considerata perseguibile era, sia in dottrina che in giurisprudenza, decisamente controversa. L'opinione minoritaria, cui aderiscono costantemente le pronunce del *Reichsgericht* (RGSt), conclude in senso affermativo ³⁰⁷, fatta salva espressa contraria previsione legislativa ³⁰⁸. I discorsi osceni erano considerati da parte della giustizia del Reich come perseguibili, tendenzialmente *ex* § 183 StGB, a patto che non si trattasse solo di discorsi occasionali o insignificanti ³⁰⁹. Dalla analisi del dettato normativo delle *exhibitionistischen Handlungen* (condotte esibizioniste), di cui al §183 StGB, l'opinione contraria alla perseguibilità dei discorsi osceni evidenzia come difficilmente una mera dichiarazione orale può ledere il bene giuridico tutelato dalla norma, ben diverso è quando la condotta libidinosa si sostanzia in un

³⁰⁵ Beck, 18; la BGH n. 404/54, recita: "*Wer den entblößten Geschlechtsteil eines anderen, von ihm körperlich nicht berührten Mannes in wollüstiger Absicht betrachtet, während dieser glaubt, er werde auf Geschlechtskrankheit untersucht, "treibt" nicht Unzucht "mit" einem anderen Mann im Sinne des StGB § 175*".

³⁰⁶ Mezger, 57.

³⁰⁷ RGSt. 4, 130; RGSt. 70, 159; RGSt. 6, 164; RGSt. 7, 168; RGSt 23, 233.

³⁰⁸ RGStr 6, 116; RGStr 76, 175.

³⁰⁹ RGStr 76, 165.

facere concreto ³¹⁰. L'*Oberlandsgericht* (ObLG) di Oldenburg dichiarò perseguibile in questi termini per l'appunto il cantare canzoni dal contenuto osceno all'interno di una trattoria, alla presenza degli altri clienti del locale ³¹¹. A motivazione rinviò ad una pronuncia del *Bundesgerichtshof* (BGH) la quale, nel caso di conduzione di discorsi osceni dinnanzi ad una minore, ritenne sussistente la fattispecie di cui al § 176 Abs. 1 nr. 3, valutando irrilevante quale organo sensoriale determini la partecipazione, se la facoltà visiva o uditiva ³¹². Ritenne infatti ingiustificato valutare diversamente il guardare attentamente una pratica sessuale rispetto all'ascoltare espressioni oscene: secondo la generale interpretazione è proprio la partecipazione intenzionale ad una condotta oscena che lede il senso del pudore. A ogni modo non ogni impudico modo di dire, il quale si esprima in presenza di un minore, determina il delitto di cui al § 176 Abs. 1 Nr. 3: esso deve descrivere la *Geschlechtlichkeit des menschlichen Körpers, den Geschlechtstrieb oder die körperliche Vereinigung der Geschlechter* e influenzare il minore con uno scopo voluttuoso. Occorre però considerare come nel caso concreto il carattere osceno di una condotta assume una concretezza determinante in ordine anche alle circostanze del fatto, ai partecipanti, al luogo e ad ulteriori rapporti che possano essere rilevanti, ma soprattutto allo scopo che viene perseguito ³¹³. Il rinvio ad una pronuncia in cui il soggetto passivo è un minore non è tuttavia decisiva: come vedremo anche nel tema del bacio, l'*Unzucht* ha i contorni più rigidi allorquando si tratti di preservare l'integrità di un infra quattordicenne; diversa e inconsistente è la lesività di una siffatta condotta dinnanzi ad un pubblico adulto.

³¹⁰ Per l'esclusione della perseguibilità ex §183 delle dichiarazioni scritte e orali cfr. BGH 12, 42; NJW 1958, 1788.

³¹¹ OLG Oldenburg, n. 168, 15.7.1958; *contra* BGH V 339/58, 2. 9. 1958.

³¹² BGH 1 StR, n. 156, 18.5.1951.

³¹³ *Contra* BGH IV 12. 5. 1961, n. 94/61, la quale esclude che un discorso dal contenuto scandaloso sessualmente possa essere perseguibile ex §176, in quanto il mero parlare non agisce lesivamente sul corpo, bensì riguarda il mero *Vorstellungs- und Empfindungsleben*. La dottrina maggioritaria analogamente non ritiene perseguibile una *unzüchtige Rede* ex §183 StGB: Oppenhoff, StGB IX Ed. 1883; Frank, StGB XVIII Ed. 1931 Kohle, in GA 45, 210; Kohlrausch-Lange, StGB, 41 Ed. 1956.

Uno degli ambiti in cui la norma ha trovato terreno fertile è stato, il che può destare particolare stupore, quello matrimoniale, un settore ove solo in rari casi una condotta sembrerebbe poter essere considerata *unzüchtig*. Se un atto viene eseguito all'interno del matrimonio e non pubblicamente, non presenta alcun carattere di oscenità, in quanto la morale non viene lesa; secondo alcune decisioni vengono disapprovate solo quelle condotte eseguite da parte dei coniugi davanti a terzi ³¹⁴. Generalmente, tuttavia, solo le perversioni sessuali soddisfano i presupposti della norma, senza considerare le circostanze concomitanti: si intese lesa il sentire morale, ad esempio, all'accedere di *schamlose und scheußliche Verwirrungen* ³¹⁵. Tema sensibile è il rapporto sessuale (*Beischlaf*) extraconiugale, inteso tra fidanzati, che viene considerato dalla giurisprudenza generalmente come un atto osceno ³¹⁶. Diversamente reputa la dottrina, la quale è sempre stata piuttosto restia verso posizioni così rigide ³¹⁷, la quale ritiene occorra considerare perseguibile la condotta a seconda che il fidanzamento sia serio oppure superficiale (*leichtfertig*) ³¹⁸. L'orientamento giurisprudenziale modifica appena il suo rigido punto di vista anche a seguito della caduta del regime nazionalsocialista, che notoriamente rivolge particolare attenzione alla morale: il carattere di oscenità veniva negato solo se ai fidanzati veniva impedito, senza loro colpa, la celebrazione del matrimonio ³¹⁹.

Uno dei *focus* di questo lavoro è la rilevanza penale del bacio come condotta *unzüchtig*. Il requisito oggettivo della notevolzza e gravità della condotta oscena determina che l'area del penalmente rilevante sia abbastanza circoscrivibile. Il mero bacio sulla guancia, difatti, non sembra essere tema delle pronunce sui delitti contro la *Sittlichkeit*. Più problematica è la questione dinnanzi al cosiddetto *Zungenkuss*, il bacio con la lingua. Tra gli interventi

³¹⁴ BayObLG NJW 1961, 280; Brüggemann, 35.

³¹⁵ Beck, 16.

³¹⁶ BGHStr 6, 46; BGH 17, 230.

³¹⁷ Mezger, *Lehrbuch*, 56.

³¹⁸ Sax, JZ 1954, 474.

³¹⁹ BHGSt 17, 230; BGH 3, 1953, NJW 1954, 766.

giurisprudenziali analizzati si può constatare come un bacio di tale natura, benché caratterizzato da sensualità, non assume il carattere di *Unzucht*: “... waren die Zungenküsse trotz der wollüstigen Absicht nur eine ungehörige handgreifliche Zudringlichkeit, die das allgemeine geschlechtliche Scham- und Sittlichkeitsgefühl nicht in einem solchen Maße verletzte”³²⁰. Esso assume i caratteri di una mera indiscrezione, inidonea a ledere il bene giuridico tutelato. A tale presa di posizione, la giurisprudenza accosta delle eccezioni: diversamente si opina allorché il soggetto leso sia un minore di 14 anni³²¹ e ove il bacio venga scambiato tra due uomini³²². La dottrina maggioritaria a riguardo, condividendo le posizioni sulla perseguibilità del *Zungenkuss*, ritiene, analogamente al bacio eterosessuale, che il mero bacio tra due uomini non assume il carattere di condotta gravemente oscena³²³.

Una delle sfaccettature del concetto di *Unzucht* è proprio la sua riferibilità anche alle condotte di natura omosessuale, che vedevano al §175 StGB un’apposita ipotesi delittuosa³²⁴. Secondo la giurisprudenza *Unzucht treibt*, ai sensi del § 175, chi con un altro uomo compie atti sessuali (ai sensi del § 176) di una certa intensità e durata. La precisazione del requisito quantitativo determina, tuttavia, che “*Ein Griff nach dem Geschlechtsteil oder dessen kurzes Berühren oder Anfassen allein reicht hierzu nicht aus. Es genügt aber die wechselseitige*

³²⁰ BGH V, 18.12.1962, n. 522/62.

³²¹ Cfr. OGHSt. 2, 331, 333 = NJW 50, 315; BGH 1 StR 249/51 v. 26. 6. 1951; BGH V StR 94/52 v. 30. 4. 1952.

³²² BGH V, 18.12.1962, n. 522/62

³²³ Schronke-Schröder, XIII Ed., §175; Maurach, BT, 1965, 435; Lackner-Maassen, StGB, 1968, §175; *contra* Schumann, NJW 1963, 1684 e ss.

³²⁴ §175: (1) *Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren wird bestraft: 1. ein Mann über achtzehn Jahre, der mit einem anderen Mann unter einundzwanzig Jahren Unzucht treibt oder sich von ihm zur Unzucht mißbrauchen läßt; 2. ein Mann, der einen anderen Mann unter Mißbrauch einer durch ein Dienst-, Arbeits- oder Unterordnungsverhältnis begründeten Abhängigkeit bestimmt, mit ihm Unzucht zu treiben oder sich von ihm zur Unzucht mißbrauchen zu lassen; 3. ein Mann, der gewerbsmäßig mit Männern Unzucht treibt oder von Männern sich zur Unzucht mißbrauchen läßt oder sich dazu anbietet.*

(2) *In den Fällen des Absatzes 1 Nr. 2 ist der Versuch strafbar.*

(3) *Bei einem Beteiligten, der zur Zeit der Tat noch nicht einundzwanzig Jahre alt war, kann das Gericht von Strafe absehen.*

*Befriedigung, auch ein zweckgerichtetes Reiben an den Geschlechtsteilen, selbst wenn es nicht zum Samenerguß kommt*³²⁵. Vengono esclusi dalla fattispecie, dunque, i meri contatti o prese delle zone erogene, ritenendo necessario, invece, un soddisfacimento reciproco, come per esempio uno sfregamento (masturbazione).

I parametri proposti dall'interprete, atti ad identificare una condotta come *unzüchtig*, sono evidentemente essi stessi di difficile delimitazione, causando la conseguenza che il concetto in esame risulta particolarmente enigmatico e tale da non poter essere agilmente circoscrivibile, o peggio, *determinabile*. Alcuni autori, difatti, hanno individuato come criteri per la rilevanza penale l'indecenza morale (*sittliche Anstoßigkeit*) o l'immoralità (*Immoralität*) di una condotta³²⁶. Le principali perplessità ruotano proprio sulla concreta idoneità di tali criteri a distinguere sufficientemente cosa sia osceno e cosa no, ponendo la decisiva questione se l'intera struttura della previsione sia corrispondente al principio di cui all'art. 103 co. 2 della *Grundgesetz* (la Costituzione tedesca), il quale sancisce il principio di determinatezza, di cui al brocardo latino *nulla poena sine lege certa*. È il legislatore colui il quale deve determinare ciò che è penalmente rilevante e, pertanto, non può rimettere tale compito all'interprete, ossia al giudice. Nonostante tali considerazioni, la giurisprudenza del BGH e, tra le altre, quella bavarese dell'ObLG, ritengono che il termine *Unzucht* non presenti alcun profilo di incostituzionalità³²⁷. La giurisprudenza costituzionale, chiamata a pronunciarsi sull'utilizzo dei *wertausfüllungsbedürftige Begriffe*, i quali hanno in una certa misura necessità di essere interpretati o, come esprime la formula, *riempiti* di significato da un giudice, tra i quali è pacificamente ricompreso il termine *Unzucht*, ne ha più volte affermato la assoluta compatibilità con il principio di determinatezza³²⁸.

³²⁵ BGH II, 13.07.1951, n. 275/51; Ulteriori pronunce simili BGH IV, 12.04.1951, n. n. 131/50.

³²⁶ Laubenthal, *Handbuch Sexual-Straftaten*, 2012, Rn. 13.

³²⁷ BGH 23, 40 (41); BayObLG JZ 1969, 398.

³²⁸ BVerfGE 4, 352 (358); BVerfGE 11, 234 (237).

Tra le motivazioni a cui il *Verfassungsgerichtshof* (BVerfGE, il giudice costituzionale) è ricorso, spicca quella per la quale “attraverso eccessive pretese verrebbe meno la possibilità di soddisfare il carattere di poliedricità della vita e della mutabilità delle relazioni”³²⁹. Si afferma, inoltre, che il diritto penale non può rinunciare totalmente ad utilizzare concetti di portata generale, i quali formalmente non possono essere univocamente delimitati ed essere di validità generale e che richiedono particolari sforzi interpretativi da parte del giudice³³⁰. Si ribadisce, tuttavia, come il confine, presente in uno stato di diritto, concernente una tollerabile chiarezza del concetto sembra essere stato superato, soprattutto in considerazione del fatto che i delitti contro la morale pubblica non sono delitti lievi e tanto più grave è la pena minacciata quanto più precisamente la legge deve determinare i presupposti della punibilità³³¹.

Secondo l'analisi di Beck³³², il quale dedica una monografia al tema della *sexuelle Handlung*, un elemento che influisce criticamente sull'indeterminatezza della nozione di osceno è la circostanza che spesso venga utilizzato come parametro il cosiddetto “uomo medio”. Il senso del pudore e della morale, quali fonti extra-giuridiche a cui fa rinvio l'elemento normativo culturale dell'*Unzucht*, è diversa da individuo a individuo in quanto condizionata dall'educazione, dall'ambiente e dalla propria predisposizione: la sua complessità rende dunque impossibile delineare un valore medio assoluto. Evidenzia l'autore come in realtà il giudice nella prassi non si basa su alcun valore empirico astratto, bensì più o meno sul proprio modello, su un criterio da individuarsi in buona parte nella generale coscienza giuridica del proprio ambito culturale. Rimane totalmente trascurato, tuttavia, che in una società pluralista non si può utilizzare un tale criterio, in quanto innumerevoli sono i fattori che determinano il pensare e l'agire degli uomini e che, dunque,

³²⁹ BVerfGE 14, 245 (251).

³³⁰ BVerfGE 11, 234 (237).

³³¹ BVerfGE 14, 245 (251).

³³² Beck, *Die sexuelle Handlung*, cit.

delineano la complessità della società ³³³.

Su tali premesse si può concludere con l'affermazione di una generale perplessità circa la sussistenza di contorni netti nel concetto di *Unzucht* e, dunque, circa il soddisfacimento del principio di determinatezza di cui all'art. 102 co. 2, il quale difficilmente può considerarsi soddisfatto. La situazione di indefinibilità dell'osceno, del senso del pudore e della morale destò l'attenzione di vari studiosi, in quanto effetto indiretto del fenomeno era la possibilità, per niente remota, di confondere la morale con il diritto e al contempo permise loro di affermare che si potesse giungere sino ad un diritto penale dei sentimenti ³³⁴.

Sebbene tali riflessioni a prima vista possano sembrare poco attuali in quanto nessuna norma penale in vigore si fonda più sull'elemento normativo dell'*Unzucht*, esso riveste un ruolo il cui valore è imprescindibile in quanto fondamento della successiva nozione di *sexuelle Handlung*.

2.b. L'osceno.

Anche l'analisi degli elementi normativi culturali nei reati sessuali del codice penale non può che partire dal concetto di *osceno*. Dal punto di vista lessicale è il corrispondente del termine *Unzucht* di cui alla normativa tedesca, benché, come vedremo, esso non caratterizza le medesime fattispecie di reato. Esso, invero, concerne le ormai depenalizzate ³³⁵ fattispecie di cui agli ex articoli 527 e 528 c.p., quali "atti osceni" e "pubblicazione e spettacoli osceni", ipotesi di reato inserite tra i delitti contro la moralità pubblica e il buon costume ³³⁶.

Ai sensi dell'art. 529 cod. pen., "si considerano osceni gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore". Per la definizione

³³³ Beck, 22.

³³⁴ Lenckener, JUS 1968, 249 e ss e 304 e ss.

³³⁵ D. lgs. 15.01.2016.

³³⁶ Per una analisi v. Puccetti, in Cocco, Ambrosetti, *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, I. *I reati contro le persone*, Padova, 2014, 581 e ss..

dell'*osceno*, il legislatore adotta la tecnica della norma definitoria, di cui vanifica tuttavia l'efficacia, facendo riferimento all'ulteriore elemento normativo extra-giuridico di natura *culturale* del *comune sentimento del pudore* ³³⁷. Le inevitabili critiche ³³⁸ sulla portata della norma sono solo la punta di un iceberg. La tematica dell'*osceno*, difatti, incarna l'eterna problematica del rapporto tra diritto penale e morale, dello stato come soldato a difesa dell'etica sessuale, della conseguente indeterminatezza di tutte quelle norme che fanno capo a dei concetti o fenomeni legati alla cultura di un popolo. Proprio in relazione a quest'ultimo aspetto, che contrassegna il filo rosso di tutti gli elementi normativi oggetto di questo studio, la giurisprudenza si è posta spesso la questione se la disciplina dell'*osceno* sia compatibile con il principio di legalità. L'opinione di gran lunga maggioritaria ³³⁹, riconosce la legittimità del rinvio normativo alle categorie extra-giuridiche della morale, del buon costume e del comune sentimento del pudore, trattandosi di concetti diffusi e generalmente compresi ³⁴⁰. Si è sostenuto, inoltre, che la circostanza che il costume vari secondo le condizioni storiche, d'ambiente e di cultura, non impedisce che il cittadino e tanto più il giudice, siano in grado di valutare quali comportamenti debbano considerarsi osceni secondo il comune sentimento del pudore, nel tempo e nelle circostanze in cui essi si realizzano ³⁴¹.

Osceno è, ai sensi della norma, ciò che lede il pudore inteso secondo il comune sentire. La dottrina spesso si è mostrata restia nel cimentarsi nell'impresa, quando affermando che fosse impossibile definirlo ³⁴², quando opinando l'inopportunità di cristallizzare un tale concetto in una formula

³³⁷ Alcuni dottrina considera la definizione contenuta nell'art. 529 c.p. come una norma aperta o in bianco, destinata ad essere riempita di contenuto, Mazzanti, *Osceno*, NNDI, XII, 1965, p. 242; Cass. 15.1.1979, CED 140826; Bassi, in Dolcini, Gatta, *Codice Penale Commentato*, 2015, p. 2606.

³³⁸ Maggiore, *Principi di diritto penale*, 1941, p. 393; Mazzanti, 242.

³³⁹ La prevalente dottrina ritiene la formulazione legislativa sufficientemente determinata, tra gli altri Bricola, 759.

³⁴⁰ C. Cost. n. 191, 15.12.1970.

³⁴¹ C. Cost. n. 191, 15.12.1970.

³⁴² Loguercio, 469.

statica³⁴³. Osceno è ciò che viola quel senso di riserbo e di ritegno che costituisce l'essenza del pudore³⁴⁴, o è da ravvisarsi nelle manifestazioni sessuali, le quali sono quelle che ledono il pudore, intenso come senso di verecondia nei rapporti sessuali³⁴⁵. Aderendo alla impostazione deontologica, invece, lo si ritiene come ciò che è atto ad eccitare l'istinto sessuale³⁴⁶; mentre per altra parte è ciò che ha la attitudine causale a violare quel senso di naturale, doveroso, riserbo che la media del popolo italiano esige sia mantenuto, nell'attuale momento storico, attorno alle manifestazioni ed ai fatti di indole sessuale³⁴⁷.

Non dissimile la delineazione del concetto di pudore in seno alla giurisprudenza. La Corte di Cassazione ha affermato, in proposito, che osceno è ciò che è contrario alla morale sessuale³⁴⁸ e suscita nell'osservatore sensazioni di disgusto oppure rappresentazioni o desideri erotici³⁴⁹. Nella nozione di osceno la legge assumerebbe ad oggetto di tutela un fenomeno biologico umano quale è il pudore, che si esprime in una reazione, emotiva, immediata ed irriflessa, di disagio, turbamento e repulsione in ordine a organi del corpo o comportamenti sessuali che, per ancestrale istintività, continuità pedagogica, stratificazione di costumi ed esigenze morali, tendono a svolgersi nell'intimità o nel riserbo³⁵⁰. Il pudore, dunque, quale riserbo verso tutto ciò che attiene alla vita sessuale³⁵¹, il quale viene leso in modo intenso e grave da parte di un atto osceno. Quanto al concreto contenuto, la nozione di atti osceni non si limita alla sola rappresentazione di un atto sessuale, ben potendo comprendere anche atti e comportamenti che richiamino tale atto, quali atteggiamenti licenziosi,

³⁴³ Lener, 415.

³⁴⁴ Battaglini, 515.

³⁴⁵ Pannain, 102.

³⁴⁶ Nuvolone, *Reati di stampa*, 82, 83.

³⁴⁷ Mazzanti, *L'osceno e il diritto penale*, 65.

³⁴⁸ Cass. III, 24.06.2014, n. 52492; Cass. III, 5.06.2000, n. 366.

³⁴⁹ Cass. III n. 5478, 5.12.2013, CED 258693.

³⁵⁰ Cass. III, n. 1809, 7.06.1976; Cass. III, n. 37395, 2.07.2004.

³⁵¹ Cass. VI, n. 125, 2.2.1971.

che offendono ugualmente in modo grave il senso di riservatezza che deve presiedere alle manifestazioni in luogo pubblico ³⁵².

Nello studio dell'elemento normativo si sono, tuttavia, delineate due diverse posizioni ermeneutiche: quella "storico-relativistica" e quella "deontologica-assolutistica". La prima tesi, maggioritaria, indica come oggetto di tutela il pudore medio della collettività, quale si manifesta nel momento storico considerato ³⁵³. La Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, nel tentare di delimitare il concetto di osceno, rimanda proprio a detta impostazione, laddove afferma che esso sia "tutto ciò che ha la capacità, attitudine causale a violare quel senso di naturale, doveroso riserbo che la media del popolo italiano esige sia mantenuta nell'attuale momento storico, attorno alle manifestazioni ed ai fatti di indole sessuale". Concepisce, dunque, da un lato, il pudore ed il buon costume come valori storicizzati, ammettendone la mutevolezza storica e, dall'altro, suggerisce di comparare ed unificare in una media i sentimenti dei singoli ³⁵⁴, così relativizzando il concetto. Ciò determina che esso sia un sentimento comune agli individui che compongono una certa società e può essere colto solo con un'analisi che tenga conto di determinati fattori storici e ambientali ³⁵⁵. Punto di forza di una tale impostazione è stata ritenuta la sua tendenziale oggettività e predisposizione al costante mutamento dei costumi, nonché l'idoneità al controllo nel rilevamento dei dati ³⁵⁶, salvo poi darne concreta applicazione ³⁵⁷. La trasformazione radicale dei costumi diffusasi in tutta Europa nel Secondo dopo guerra, ha così generato un opposto orientamento, denominato "deontologico", diretto a non

³⁵² Cass. III 13.1.2015, n. 19178; Cass. III 25.10.2002, n. 40155; Cass. III 23.9.2004, n. 37395.

³⁵³ Grispigni, 26; Pannain, 103; Antolisei, 394; Latagliata, 50; Mazzanti, 31; Ramacci, 381.

³⁵⁴ Da cui si traggono le due diverse denominazioni di "storico-relativistica" e "storico-statistica".

³⁵⁵ Latagliata, 50.

³⁵⁶ Cfr. Musco, 1239.

³⁵⁷ Crit. Farina, 866: il quale sostiene che tale approccio non sappia giustificare pienamente se il "sentimento comune" coincida con il pudore-medio (da intendersi quale complessiva ponderazione delle diverse sensibilità interne alla società), col pudore-moda (sensibilità maggioritaria) o con il pudore-mediano (tesi intermedia).

assecondare la ritenuta involuzione dei costumi che avrebbe potuto realizzarsi *giuridicamente* secondo il criterio storico-relativistico. Tale filone vede uno dei suoi maggiori esponenti in Allegra. Ha il suo fondamento nel diritto naturale e privilegia una prospettiva di etica assoluta, secondo cui il pudore è un qualcosa di fisso ed immutabile che preesiste all'uomo e ne è al di sopra; esso ha un valore oggettivo e valido in ogni tempo e luogo, così diretto alla conservazione del bene comune ³⁵⁸.

Lo scadimento dei costumi, punto debole dell'adozione del criterio storico-statistico, e il pericolo di cadere in criteri di valutazione assolutistici desunti da sistemi morali precostituiti dell'impostazione deontologica, hanno spinto Nuvolone a proporre una tesi intermedia, che fosse in grado di realizzare un giusto bilanciamento tra l'imposizione di un modello ideale e l'accettazione di un costume corrente. Egli intende un criterio di giudizio basato su parametri di normalità intesa come concetto di valore, cosicché il criterio deontologico di un uomo normale viene plasmato senza perdere di vista le tendenze emergenti nel periodo storico considerato ³⁵⁹.

Particolarmente interessante la concezione elaborata da Bricola, dalla quale è possibile trarne una doppia accezione del concetto di "pudore", inteso in senso statico e in senso dinamico. Più precisamente la qualifica di pudore varierebbe a seconda della fattispecie a cui fa riferimento. Nel caso degli "atti osceni" di cui all'art. 527 verrebbe in considerazione il pudore in senso statico, quale sentimento di riserbo dei più nei confronti delle manifestazioni della vita sessuale; al contrario, dinnanzi l'art. 528, circa le "pubblicazioni oscene", verrebbe alla luce un pudore in senso dinamico, inteso non come sentimento in sé, bensì come dovere di riserbo finalizzato ad impedire il diffondersi del

³⁵⁸ Allegra, 78; crit. Fiandaca, 42,44, il quale criticando l'approccio giusnaturalistico, in relazione al quale si dà per dimostrato ciò che dovrebbe essere oggetto di dimostrazione, considera la tesi ispirata anche a logiche paternalistiche ed autoritarie.

³⁵⁹ Nuvolone, 222.

malcostume ³⁶⁰. Ecco dunque, che il pudore in senso statico, inteso dall'art. 527 c.p., denoterebbe un sentimento pregiudicabile in considerazione dei soggetti coinvolti e si fonda sul piano dell'*essere*, così rinviando al criterio storico-statistico, mentre la fattispecie sulle pubblicazioni oscene alla diversa accezione del criterio deontologico e dunque del *dover essere* ³⁶¹.

I timori dati dall'applicazione del criterio storico-statistico, quali l'arbitrio in capo ai consociati circa i costumi e la conseguente abrogazione implicita della norma a tutela del pudore, vede da parte di Venditti un tentativo di evoluzione del criterio deontologico. Esso fonda la sua impostazione su due premesse: da un lato vede il diritto penale quale strumento preventivo-evolutivo finalizzato alla promozione del benessere, dello sviluppo e del miglioramento della società, così idoneo ad intervenire nel miglioramento del costume sessuale diffuso nella società; dall'altro prende in considerazione la *ratio* del sistema in esame, quale impedire la corruzione sessuale e promuovere sane abitudini collettive ³⁶². Egli traccia una distinzione tra sentimento del pudore, quale dato preesistente e oggettivo, e sentimento di offesa al pudore, quale mero criterio di accertamento dell'offesa. La particolare connotazione del sentimento del pudore lo renderebbe protetto dai cedevoli mutamenti della coscienza sociale, benché misura e ampiezza di tale tutela non potrebbero non essere non influenzate dall'evoluzione dei costumi ³⁶³. La sua attenzione, inoltre, si concentra sull'aggettivo "comune" che contrassegna il "sentimento del pudore": esso non sarebbe da intendersi in senso quantitativo, nel senso di "proprio della maggioranza", bensì come "normale, ordinario, proprio di una certa natura". Accanto alle due radicali posizioni si è sviluppata anche una interpretazione intermedia, minoritaria, la quale vede il pudore come elemento minimo non variabile, mentre l'altro, legato al comune sentimento, è variabile

³⁶⁰ Cfr. Bricola, 738.

³⁶¹ Cfr. Fiandaca, 16.

³⁶² Venditti, 18-21.

³⁶³ Venditti, 22.

ed è attinente alla sensibilità dei consociati, quanto al carattere osceno degli atti³⁶⁴. Pare peraltro doversi prendere atto della disomogeneità culturale e religiosa caratterizzante l'odierna società, anche in ragione di una maggiore mobilità delle diverse etnie, che rende oggi particolarmente illusoria la possibilità di ricostruire un senso del pudore che possa davvero definirsi comune³⁶⁵.

Le medesime posizioni possono rilevarsi anche in sede applicativa, da parte della giurisprudenza. Largamente maggioritaria è stata la tesi storico-relativistica, soprattutto sino agli inizi degli anni Sessanta. Dalle pronunce si rinvencono espressioni quali “pensiero medio dei consociati nel momento storico in cui avviene il fatto”³⁶⁶ o “sentimento comune della maggioranza delle persone”³⁶⁷, intendendo il pudore quale elemento che varia in relazione al mutamento dei costumi e, dunque, suscettibile alle variazioni nel tempo e nello spazio. Affermare che l'evoluzione dei costumi non può alterare il senso del pudore significa distruggere proprio quel parametro di valori che è affidato al giudice per integrare la norma *lasciata appositamente in bianco* per essere riempita del contenuto che solo la valutazione del sentimento medio può dare, così afferma una delle pronunce della Cassazione, significa distruggere il valore storico - sociale che tale giudizio comporta, cristallizzando, in forme delimitate e insuscettibili di mutamento, ciò che il legislatore ha voluto fosse mutevole³⁶⁸. Nella determinazione delle categorie dell'osceno il giudice dovrebbe adottare, quali parametri di valutazione del modificarsi dei costumi, le mode (ossia i costumi generalizzati ed accettati) e mass - media (televisione, radio e giornali quali “fabbrica” e “specchio del comune sentire” del generale stato di accettazione del mutamento di costume)³⁶⁹. Detti mezzi di divulgazione di massa, tuttavia, non vengono unanimemente considerati parametro del modo

³⁶⁴ Ferrante, 72.

³⁶⁵ Cfr. Puccetti, in Cocco, Ambrosetti, PS, *I reati contro le persone*, 2010, p. 518.

³⁶⁶ Cass. III, n. 5308, 7.6.1984.

³⁶⁷ Cass. n. 1809, 7.6.1976.

³⁶⁸ Cass. III, n. 484, 15.1.1979; Cass. 10.10.1978.

³⁶⁹ Cass. III, n. 9685, 13.11.1996.

di sentire della collettività, ma vengono piuttosto visti come uno strumento per influire su di essa³⁷⁰.

Cristallizzazione e immutevolezza del concetto del pudore è, al contrario, l'elemento caratterizzante la opposta opinione, deontologica. Anche in tale contesto affiorano le concezioni giusnaturalistiche, come reazione ai cambiamenti culturali degli anni '60, che hanno determinato un trasformarsi radicale dell'approccio alla sessualità. Particolarmente interessante, e analogo a molteplici pronunce tedesche, è stato il diffondersi nei tempi recenti di quel filone, per certi versi intermedio³⁷¹, che utilizza come parametro il cosiddetto "uomo normale"³⁷². In quest'ottica il "comune sentimento" coinciderebbe con quello dell'uomo medio, normale che vive con sano equilibrio nella società del suo tempo, lontano cioè dagli eccessi del rigore e del lassismo³⁷³. Non, dunque, in base alla sensibilità di quei cittadini che attribuiscono scarso rilievo ai valori morali e spirituali, ma in relazione a quella dei consociati di normale levatura morale, intellettuale e sociale nell'attuale momento storico³⁷⁴, i quali hanno raggiunto la maturità sul piano etico e psichico, alieno dalla fobia come dalla mania per il sesso, che accettano il fenomeno sessuale come dato fondamentale della persona umana, ma non ne fanno tuttavia un mito³⁷⁵.

Dalla analisi della casistica, soprattutto in tema di *Lap-dance*³⁷⁶, è emerso un nuovo concetto di oscenità irrilevante. Le condotte licenziose commesse all'interno di locali, appositamente ed esclusivamente adibiti, non integrano il reato di atti osceni, essendo la condotta concretamente inoffensiva. Si sostiene, difatti, che il comune sentimento del pudore non possa considerarsi intaccato laddove il soggetto si sottoponga volontariamente allo spettacolo recandosi nel

³⁷⁰ Cass. 12.7.1982.

³⁷¹ Mazzanti, 2756.

³⁷² Cass. III 22.5.2012, n. 23234.

³⁷³ Cass. 14.4.1974; Cass. 25.3.1976.

³⁷⁴ Cass. III, 5.12.2013, n. 7769; Cass. III, 15.1.1986.

³⁷⁵ T. Ivrea, 22.6.2011.

³⁷⁶ Si veda sul punto, Puccetti, 593 e ss.

locale ³⁷⁷, ricorrendo così all'art. 50 c.p. ³⁷⁸, benché occorra avere come punto di riferimento sempre il bene giuridico leso dalla condotta concreta. Ulteriori pronunce, ai fini della rilevanza penale del fatto, danno rilievo, spesso, al mero requisito di pubblicità previsto dalla norma e dunque all'accesso selezionato dell'utente ³⁷⁹. Quest'ultimo elemento, invero, è uno delle questioni decisamente più diffuse e problematiche, ove più che sulla effettiva oscenità della condotta, spesso si discute della perseguibilità in relazione alla pubblicità del luogo in cui si realizzano.

Strettamente connesso alle fattispecie di cui agli artt. 527 e ss., è come abbiamo visto, la nozione di atti contrari alla pubblica decenza *ex art. 726 c.p.* Il *discrimen* tra dette fattispecie andrebbe individuato nel contenuto più specifico del delitto di atti osceni che richiama alla verecondia sessuale, rispetto al contenuto di cui all'art. 726 c.p. che invece sanziona la violazione dell'obbligo di astenersi da quei comportamenti che possano offendere il sentimento collettivo della costumatezza e della compostezza ³⁸⁰. Più precisamente, nel concetto di atti contrari alla pubblica decenza andrebbero ricompresi non solo gli atti sconci o turpi, ma altresì quelli che, anche senza investire la sfera della morale sessuale, sono comunque moralmente o fisicamente ripugnanti alle più elementari regole dell'educazione. Essa inerisce al costume e consiste in quel minimo di decoro che deve accompagnare tutte le attività che si svolgono nell'ambiente sociale ³⁸¹ e sia capace di destare, nell'uomo normale, nel momento storico attuale, un sentimento, non necessariamente di ripugnanza, ma certamente di disagio, di disgusto e di disapprovazione ³⁸², considerato il

³⁷⁷ Cass. III n. 4701, 9.2.2005; Cass. III, 23.11.2004, CED 231116.

³⁷⁸ Zaza, 5; *contra* Mazzanti, 2764.

³⁷⁹ Cass. III 19.1.2005, Cass. III, 23.11.2004.

³⁸⁰ Cass. III, n. 26388, 13.5.2004; Cass. 14.05.1981; Cass. 13.12.1974; Sabatini, 253; Pannain, 1; Contieri, 954.

³⁸¹ Cass. VI, n. 4148, 13.12.1974.

³⁸² Cass. III, n. 11293, 13.7.1982; Cass. III n. 5478, 5.12.2013.

contesto e le modalità in cui gli atti o gli oggetti sono compiuti o posti ³⁸³. Il riferimento al “momento storico” rende il comune sentimento della decenza un elemento relativo, così determinato dal criterio storico-statistico ³⁸⁴. La accennata e maggioritaria idea di delimitazione tra le due fattispecie non è però unanimemente condivisa: una opinione, difatti, considera la distinzione, basata sulla diversa entità dell’attacco al bene giuridico, troppo riduttiva ³⁸⁵, dovendosi invece fare riferimento alla differenza tra i beni giuridici tutelati dalle norme, ove nel caso degli atti osceni è appunto il riserbo verso ogni manifestazione dell’altrui libidine ³⁸⁶. Interessante una opinione della Cassazione, la quale ritiene che l’espressione “pubblica decenza” è un concetto *a limite mobile*, nel senso che ciò che è o che non è reputato decente presso una data comunità di consociati muta via via nel tempo con il mutare non solo di individui e generazioni, ma di idee, sentimenti, costumi, magari mode, in genere di ciò che si definisce in senso lato cultura di un popolo ³⁸⁷.

Per quanto riguarda la casistica, l’analisi deve essere, di conseguenza, necessariamente condotta in relazione alle ipotesi di cui all’art. 527 c.p. e 726 c.p. .

Semberebbe non destare dubbi, quale atto fisiologico, il semplice urinare in pubblico, quando eseguito accostati con discrezione ad un muro, in ora notturna e coperti da autovetture in sosta: esso è stato giudicato dalla giurisprudenza di merito nel 1981 non costituente offesa alla pubblica decenza ³⁸⁸. Non dello stesso avviso, al contrario, una giurisprudenza di legittimità del 2010, la quale rifacendosi alla conformazione della fattispecie come un reato di pericolo astratto, ossia vincolata dalla possibilità che qualcuno possa percepire l’atto, ritiene l’urinare in un luogo pubblico integrante la fattispecie di cui all’art.

³⁸³ Cass. III, n. 8959, 3.7.1997.

³⁸⁴ *Contra* Venditti, 42.

³⁸⁵ Mazzanti, 2754.

³⁸⁶ Cass. III, n. 26388, 13.5.2004; cfr. Cass. III, n. 15676, 25.3.2010.

³⁸⁷ Cass. VI, n. 10435, 30.4.1980.

³⁸⁸ P. Vasto, 13.2.1981.

726 c.p.. Ad ogni modo, l'assenza di riferimenti all'aspetto sessuale, ne escludono, in entrambe le ipotesi, una ipotesi *ex art.* 527 c.p. .

I temi più controversi, tuttavia, sono quelli relativi al nudo, integrale o meno.

L'opinione maggioritaria ritiene integrare la fattispecie di *atti osceni* la mostra e l'esibizione degli organi genitali maschili³⁸⁹ e femminili, e non quello di atti contrari alla pubblica decenza, in quanto in essi si può ravvisare una connessione con il soddisfacimento della libido³⁹⁰. Si pensi, tuttavia, alla classica ipotesi del tifoso di calcio che invade il campo di gioco, mostri i genitali e inveisca contro i tifosi avversari: la qualificazione del fatto come atto osceno³⁹¹, e dunque lesivo del pudore sessuale, sembrerebbe fuori luogo, in quanto, date le concrete circostanze, sarebbe più compatibile una qualificazione *ex art.* 726, quale manifestazione di una violazione della costumatezza. Dissimile l'atteggiamento nei confronti della semplice esposizione del seno nudo in estate sulla spiaggia, non accompagnata da nessuna indicazione di atteggiamento provocante o altro; ritiene la giurisprudenza in esame che un seno femminile scoperto non suscita, in sé, apprezzabile turbamento, disgusto o eccitazione nell'uomo medio del tempo di oggi nel nostro paese³⁹². Negli anni '80 l'organo giudicante non ritenne contrario alla pubblica decenza anche il circolare in un centro urbano vestiti soltanto di un paio di mutande tipo slip³⁹³.

Nei medesimi anni si è affermato integrare l'ipotesi delittuosa *ex art.* 726 c.p., l'esposizione in una pubblica spiaggia degli organi genitali sia maschili che femminili o di *qualsiasi altra parte del corpo che abbia attinenza alla sfera sessuale* (nel caso in esame, il seno), poiché produce un sentimento di disgusto e disagio

³⁸⁹ Cass. VI, n. 588, 4.12.1961.

³⁹⁰ Cass. III, n. 8959, 3.7.1997; Cass. III, 15.11.2011, CED 252440; Cass. III, 25.3.2010, CED 246971; Cass. III, n. 11135, 15.11.2012.

³⁹¹ Cass. 28.9.1984, CED 165831.

³⁹² Cass. VI, n. 10435, 30.4.1980; Cass. 22.9.1982; Cass. 4.10.1982.

³⁹³ A. Venezia, 28.6.1980.

nell'uomo medio ³⁹⁴. Nel 2011, la Corte ritenne integrante la fattispecie nel caso di un mero esibire i glutei scoperti ai passanti in un luogo di pubblico transito ³⁹⁵.

La vera questione, a tutt'oggi perlomeno, è il concetto di nudità integrale. Esso, considerando il sentimento medio della comunità ed i valori della coscienza sociale e le reazioni dell'uomo medio normale, assume ad avviso della giurisprudenza, differenti valenze ³⁹⁶. Allorquando la nudità si realizzi all'interno di uno spettacolo di danze e canzoni, in forma assolutamente composta, inserita in ora molto avanzata, ed accompagnata da particolari effetti coreografici, è stata ritenuta non lesiva del bene in capo al 726 c.p., mentre diversamente è stato giudicato, pochi anni dopo, il denudamento di una cantante durante uno spettacolo tenuto in un luogo pubblico ³⁹⁷.

La nudità integrale assume un diverso spessore a seconda del modo e del luogo in cui viene praticata. Viene considerata *speciale causa di esclusione della oscenità* ad esempio nelle lezioni di educazione sessuale o nelle opere cinematografiche o teatrali, ovvero nell'essere espressione della libertà individuale o nel derivare da convinzioni salutiste o da un costume particolarmente disinibito ³⁹⁸. Pertanto, viene generalmente considerata penalmente irrilevante la nudità integrale quando esercitata in una spiaggia appartata, frequentata da soli nudisti ³⁹⁹, mentre non lo è se in luoghi pubblici, aperti o esposti al pubblico, quale per esempio la spiaggia così come frequentata da adulti e bambini non consenzienti al nudismo, poiché ha attitudine a destare disagio e repulsione o curiosità erotica, nell'osservatore dotato di comune sensibilità ⁴⁰⁰. Al di là di qualche anno, la Corte si pronunciò

³⁹⁴ Cass. 12.7.1982.

³⁹⁵ Cass. III, n. 23083, 3.5.2011.

³⁹⁶ Cass. III, n. 8959, 3.7.1997.

³⁹⁷ Cass. 19.10.1985.

³⁹⁸ Cass. III, n. 8959, 3.7.1997.

³⁹⁹ Cass. III, n. 8959, 3.7.1997.

⁴⁰⁰ Cass. III, n. 10824, 22.9.1982; Cass. III, 28990, 20.06.2012; Cass. VI, n. 14267, 4.7.1978.

nuovamente sul tema, questa volta riguardo ad un nudo integrale in spiaggia da parte di una ragazza, ove dichiarò che esso costituisce comportamento tipicamente inverecondo, come tale riconducibile nell'ambito della fattispecie ex. 726 c.p., in quanto l'esposizione a nudo dei genitali contraddice incontestabilmente al decoro ed all'abito sociale.

La casistica più copiosa viene rappresentata dalle ipotesi di contatti corporali dai connotati sessuali. Si ritiene costituisca un atto osceno l'esposizione dei genitali in pubblico connessa al palpeggiamento⁴⁰¹, o alla masturbazione⁴⁰² (benché simulata⁴⁰³), o comunque il mero palpeggiamento, per esempio, in manifesta direzione di una donna, al fine di scongiuro o meno⁴⁰⁴. La Corte afferma, inoltre, che "i palpeggiamenti e i toccamenti lascivi, se determinati dal fine di concupiscenza ed in particolare dal desiderio di congiunzione carnale con la parte lesa, integrano i delitti di cui agli artt. 521 e 527 c.p."⁴⁰⁵. Il palpeggiamento dei seni di una donna, sia pure al di sopra degli abiti, o l'afferrare la stessa per le braccia, nel tentativo di stringerla a sé, accompagnando tali gesti con parole chiaramente rivelatrici di un intento lascivo, essendo manifestazioni di indole sessuale tendenti esclusivamente all'eccitamento erotico, integrano sotto il profilo obiettivo e subiettivo il reato di cui all'art. 527⁴⁰⁶. Deve rilevarsi, tuttavia, che non ogni forma di tocco di parti anatomiche, anche erogene, del corpo altrui integra il delitto di osceno. Si ritiene che l'uomo di media moralità non sia turbato da baci e abbracci tra soggetti consenzienti, sicché tali atti non si qualificano per la loro contrarietà oggettiva al comune sentimento del pudore. Non possono considerarsi oscene, inoltre, quelle manifestazioni di reciproco affetto, visibili in pubblico, che non turbano la sensibilità dell'uomo di media moralità, il quale rimane indifferente

⁴⁰¹ Cass. III, n. 15676, 25.3.2010.

⁴⁰² Cass. III, n. 26388, 15.5.2004; Cass. III n. 366, 25.1.2000.

⁴⁰³ Cass. III, n. 46356, 5.11.2008.

⁴⁰⁴ Cass. VI, n. 588, 4.12.1961.

⁴⁰⁵ Cass. III, n. 7812, 4.9.1985.

⁴⁰⁶ Cass. I, n. 5873, 13.5.1976.

alla visione di baci ⁴⁰⁷ e abbracci tra soggetti consenzienti, mentre atti che sono brutale espressione dell'istinto sessuale, quali baci sulla bocca e il tocco di parti intime, compiuti su persona non consenziente, integrano il reato di cui all'art. 527 c.p. ⁴⁰⁸.

Deve convenirsi, allora, che mentre il contenuto di certi atti è inequivoco, altri possono presentarsi o no quali manifestazione di libidine e che una portata non marginale deve attribuirsi al contesto in cui il contatto fisico si realizza. In relazione ad atti siffatti, che possono definirsi relativamente osceni, è necessario perciò accertarne caso per caso la potenzialità lesiva per il pudore, tenendo conto della situazione complessiva in cui essi sono compiuti e delle modalità con cui si estrinsecano i comportamenti ⁴⁰⁹.

Tra i casi più particolari, seppure datati, è stato ritenuto non rilevante il comportamento di chi, indossando a carnevale un costume a foggia di enorme fallo, balli e salti in una pubblica via confuso tra la folla festante (anni '80) ⁴¹⁰, mentre, colui il quale, vestito con abiti femminili succinti, acconciato con parrucca da donna e vistosamente truccato, è stato ritenuto invece colpevole (anni '70) ⁴¹¹. Come sembra evidente, a riguardo il tema si intreccia con quello di arte, spettacolo e comunque della libera manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost.

2.c. Considerazioni comparatistiche.

Lo studio degli elementi normativi culturali *Unzucht* e *Osceno* riceve una trattazione congiunta quasi per mere questioni lessicali. Dal punto di vista letterale, difatti, le due espressioni sono legate, l'una traduce l'altra, ma dal

⁴⁰⁷ La tematica del bacio è uno dei temi più dibattuti e controversi fin dall'inizio della repubblica. Esso assume caratteri più o meno rilevanti penalmente a seconda dell'impulso che lo ha determinato e del modo in cui è dato. Cass. 24.03.1959; Cass. 16.10.1969; Cass. 29.11.1969, CED 113306.

⁴⁰⁸ Cass. III, n. 7234, 17.6.1998.

⁴⁰⁹ Cass. III, n. 37395, 2.07.2004.

⁴¹⁰ P. Venezia, 5.11.1982-

⁴¹¹ Cass. III, n. 4868, 8.03.1974.

punto di vista del diritto penale comparato non rispecchiano gli medesimi scenari.

La formulazione *unzüchtige Handlungen* scompare con la IV Riforma del Codice penale tedesco (StGB) del 1973, radicale intervento legislativo che ha portato il venir meno del titolo dei *Delikten gegen die Sittlichkeit* a favore dell'introduzione delle *Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*. Il concetto di *Unzucht* viene difatti sostituito con l'espressione, secondo alcuni, più oggettiva, di *sexuelle Handlung*. Un mutamento radicale, dunque, non solo dal punto di vista lessicale, ma anche teleologico: da tutela della morale pubblica a tutela della autodeterminazione sessuale.

Il previgente XIII *Abschnitt* descriveva buona parte delle condotte perseguibili attraverso l'espressione “*das Vornehmen unzüchtigen Handlungen*”, ossia il “commettere atti osceni”. Nel §176 StGB, in tema di *sexuellen Mißbrauch von Kindern*, si rinviene invero “*wer mit Gewalt unzüchtige Handlungen an einem anderen vornimmt ...*”, o nel controverso §175 StGB sulle *Homosexuelle Handlungen*: “*... ein Mann über achtzehn Jahre, der mit einem anderen Mann unter einundzwanzig Jahren Unzucht treibt oder sich von ihm zur Unzucht mißbrauchen läßt ...*”, o ancora nel caso dei *pornographische Schriften* di cui al §184 StGB: “*... wer unzüchtige Schriften verbreitet oder durch Ausstellen, Anschlag, Vorführen oder in anderer Weise sonst allgemein zugänglich macht...*”. Mentre solo nella precedente formulazione dei §§177 e 178 si riscontra una formulazione più “neutra”, attraverso la locuzione “*... zum außerehelichen Beischlafe mißbraucht ...*”. Una notevole fusione, dunque, tra sessualità e buon costume che viene meno, perlomeno nel lessico, solo con la riforma del 1973, attraverso la sostituzione dell'espressione “*unzüchtige Handlungen*” con quella di “*sexuelle Handlungen*”.

La disciplina italiana, al contrario, descriveva i delitti a sfondo sessuale (salvo l'ipotesi del §175 StGB) con la formulazione di “*coniunzioni carnali*” o “*atti di libidine*”, di cui agli artt. 519 e ss., quali atti contrari alla libertà sessuale, e con quella di atti, pubblicazioni o spettacoli osceni (artt. 527 e ss.), quali lesivi

del pudore e dell'onore sessuale. Sebbene siano tutti ricompresi all'interno del Titolo IX sui Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, si può comunque rilevare una netta separazione tra ciò che è rilevante per l'integrità sessuale e ciò che lo è per la mera moralità.

In definitiva ciò che il legislatore tedesco considera una *unzüchtige Handlung* corrisponde, nella normativa italiana, alle locuzioni e condotte di *coniunzione carnale, atto di libidine, atto osceno e atto contrario alla pubblica decenza*. Il venir meno dell'espressione *unzüchtige Handlung*, con la citata riforma del 1973, non ha tuttavia eliminato integralmente la normativa a stampo sessuale moraleggiante. Ci si riferisce all'effettivo corrispondente tedesco del nostro art. 527 c.p. "Atti osceni", ossia il § 183 (e successivamente §183a) StGB, il quale persegue le cosiddette *exhibitionistische Handlungen*. Ai sensi del previgente §183 StGB per *exhibitionistische Handlung* si intendeva "*Wer durch eine unzüchtige Handlung öffentlich ein Ärgniß gibt ...*", la quale, a seguito della IV Riforma citata, è stata descritta come "*Ein Mann, der eine andere Person durch eine exhibitionistische Handlung belästigt ...*". L'onnicomprensività del concetto di *unzüchtige Handlung* richiamato nella vecchia formulazione del §183 permetteva di perseguire qualsiasi atto dai connotati sessuali, conforme ai canoni previsti dal concetto ⁴¹². L'evoluzione della fattispecie, come attualmente vigente, ne ha ristretto il campo di applicazione, perseguendo solo le condotte di natura esibizionistica *tout court*. Il concetto descrive la condotta di denudazione con una motivazione sessuale ⁴¹³. Più precisamente, viene ricompreso il mostrare gli organi sessuali *primari* nudi, dunque, è l'ipotesi del membro maschile dinnanzi ad una terza persona, senza che egli sia consenziente a vedere tale nudità. Al soggetto attivo è richiesto che agisca al fine di eccitarsi, aumentare l'eccitazione o soddisfarla attraverso il mero compimento del mostrare o attraverso la reazione

⁴¹² BGHSt 15, 118 (124); RGSt, 28 79; RGSt, 67 110 e ss.; cfr. BGHSt 1, 168; BGHSt 2 212; BGHSt 17 280.

⁴¹³ Fischer, StGB 2016, §183, Rn. 5.

dell'osservatore⁴¹⁴. Elemento chiave è, proprio, la circostanza che attraverso l'esibire le "proprie nudità" si *molesti* un terzo osservatore, vittima del delitto. *Belästigung* significa appunto il pregiudicare con una certa rilevanza un soggetto nei suoi sentimenti, per esempio causare disgusto, shock, spavento o ledere il senso del pudore⁴¹⁵. L'elemento soggettivo assume un ruolo preponderante, in quanto fa venir meno la rilevanza penale di tutte quelle condotte di denudazione generatesi da fini per esempio provocatori o simili, ma che nulla hanno a che vedere con la sessualità. La mera condotta esibizionista, tuttavia, non poteva sostituire il precedente dettato onnicomprensivo dell'*Unzucht*: ecco dunque che il legislatore interviene inserendo il §183a il quale sanziona "*Wer öffentlich sexuelle Handlungen vornimmt und dadurch absichtlich oder wissentlich ein Ärgernis erregt [...] wenn die Tat nicht in §183 mit Strafe bedroht ist.*". L'atto sessuale, il quale non sia ricompreso nell'ipotesi del mero esibizionismo del §183, deve soddisfare i parametri descritti dal §184h ed essere commesso al fine di suscitare scandalo. Tale aspetto, dunque, richiede la presenza di almeno un soggetto e l'immediata lesione dei suoi *sentimenti*. L'attuale vigenza delle due norme, a differenza del corrispondente italiano che è stato depenalizzato nel 2016, suscita considerevoli perplessità. La dottrina, difatti, è scettica su quale sia l'effettivo bene giuridico tutelato dalla norma e controversa è la stessa legittimità della relativa minaccia di pena⁴¹⁶. Tali perplessità si fondano proprio sul riferimento che spesso la più vecchia dottrina faceva all'indeterminata tutela della generalità⁴¹⁷, di cui ora ha preso il posto la maggioritaria opinione della preservazione del singolo dinnanzi a confronti indesiderati con atti sessuali da parte di terzi⁴¹⁸. Autorevole dottrina, al contrario, sostiene sia la tutela delle

⁴¹⁴ Eisele, S/S StGB 2014, §183, 1813.

⁴¹⁵ Fischer, 6; Eisele, 4.

⁴¹⁶ Fischer, 2; Hörnle, MschrKrim 01, 212.

⁴¹⁷ BGH 11, 282, 284.

⁴¹⁸ Eisele, 1.

opinioni morali correnti ⁴¹⁹.

Il notevole coraggio manifestato dal legislatore della IV Riforma non ha tuttavia completato il quadro riformatore, non rivolgendo l'attenzione ad una fattispecie, quale quella delle azioni esibizioniste, forse più di ogni altra connessa alla mera tutela della morale. Le perplessità sono causati dal distacco che una tale fattispecie presenta nei confronti di quelli che sono gli usi e i costumi del popolo tedesco. È infatti noto che il *nudismo*, inteso quale il prendere il sole nudi al parco, la presenza di saune *textilfrei* o il semplice cambiarsi il costume da bagno dinnanzi a tutti in piscina, è un dato caratterizzante le popolazioni del nord Europa, ed in particolare quella tedesca; da intendersi, peraltro, quale semplice diversa percezione della nudità, rispetto alla popolazione mediterranea di cultura cattolica. Il provocare una molestia o scandalo in capo all'ignaro osservatore, requisito soggettivo delle due fattispecie in esame, sembra dunque determinare il *discrimen* tra l'innocente prendere il sole nudi in disparte nel parco e l'esibire i propri genitali con un'intenzione sessuale, quale per esempio il masturbarsi, o il consumare un rapporto sessuale in una panchina alla vista di tutti.

Il permanere del rilievo di tali fattispecie non meraviglia peraltro considerata la tendenza legislativa *repressiva* sviluppatasi negli ultimi tempi, di cui è emblema la riforma tedesca del novembre 2016, la quale ha previsto il perseguimento anche delle molestie sessuali. Il *recente* multiculturalismo e le difficoltà di integrazione che esso comporta sta spingendo la politica criminale tedesca a rivalutare la componente culturale che sta alla base di ogni condotta lesiva di natura sessuale.

Merita, da ultimo, una attenzione particolare la prospettiva riformista in capo al legislatore italiano. Come più volte accennato il d. lgs. n. 8 del 15.01.2016 è intervenuto sulla irrilevanza penale delle condotte precedentemente rientranti nell'ipotesi di cui all'art. 527 c.p.: una siffatta affermazione, tuttavia, è

⁴¹⁹ Hörnle, *Grob Anstößiges Verhalten*, 458.

incompleta. Il testo del decreto, difatti, sancisce che “chiunque in luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico, compie atti osceni è soggetto alla sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5000 a euro 30.000, applicandosi invece la pena della reclusione da quattro mesi a quattro anni e sei mesi se il fatto è commesso all’interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori e se da ciò deriva il pericolo che essi vi assistano”. La rilevanza penale del fatto permane, dunque, solo ed esclusivamente se la condotta oscena, si pensi ad un atto di autoerotismo, si svolge all’interno o nelle immediate vicinanze di un luogo abitualmente frequentato dai minori, quali scuole, parchi giochi o simili, se sussiste il pericolo che essi vi assistano. Ciò determina che se il fatto viene compiuto in presenza di un minore, ma non in uno dei luoghi indicati, rimarrà relegato all’ambito amministrativo; così deducendo una minore meritevolezza di tutela penale nei confronti di chi, minore, ha concretamente assistito all’atto, ma in un luogo distinto da questi, piuttosto che verso colui il quale ha meramente subito il pericolo di assistervi. Tale circostanza è stata, difatti, già sottoposta all’attenzione della Cassazione⁴²⁰, la quale non ha potuto che applicare le linee della norma emendata. Tuttavia, se il compimento dell’atto osceno, ossia sessuale, avviene nel soddisfacimento dei requisiti di cui all’art. 609 *quinquies* c.p., e dunque *al fine di farvi assistere un minore*, sussiste l’ipotesi di corruzione di minorenni.

§ 3. La nozione di atti sessuali.

3.a. Die sexuelle Handlung.

La delineazione del concetto di *sexuelle Handlung* avviene grazie all’introduzione di un apposito *paragrafo* all’interno della sezione XIII del StGB, da parte della

⁴²⁰ Cass. III, 1.3.2017, n. 10025.

IV StrRG del 31.11.1973⁴²¹. Essa segna il significativo passaggio da un diritto penale sessuale orientato alla tutela della moralità pubblica ad uno rivolto alla protezione della autodeterminazione sessuale⁴²², così come in Italia. Il legislatore, invero, abbandona un lessico intriso di sfaccettature eticizzanti, il quale caratterizzava la precedente formulazione di *unzüchtige Handlung*, e manifesta la preferenza verso una descrizione neutrale della condotta criminosa⁴²³. Con la sostituzione di quest'ultimo concetto con il termine di *sexuelle Handlung* si tenta di far venir meno la negativa accezione che assumeva la sessualità secondo il precedente apparato legislativo⁴²⁴. La diversa ossatura che sostiene la nuova formulazione determina che la portata dei due sistemi non possa coincidere e, anzi, il secondo ha decisamente ristretto l'area di applicazione del primo⁴²⁵.

Il § 184h, benché intitolato “*Begriffsbestimmungen*”, non ha il contenuto di una vera e propria norma definitoria: il legislatore si è difatti limitato a determinare che, ai sensi del XIII *Abschnitt*, è considerato atto sessuale solo quello che è “*im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit*”, fornendo, dunque, un criterio atto a poter *riempire di significato* il concetto, ma lasciando aperte tutte le questioni definitorie⁴²⁶. È evidente come la tecnica normativa utilizzata rispecchia perfettamente le particolari esigenze del diritto penale sessuale: il concetto di atto sessuale, pacificamente ritenuto un elemento normativo (extra-giuridico) culturale e dunque *wertausfüllungsbedürftig*, è per sua essenza totalmente incompatibile con una rigida attività definitoria in sede legislativa. La valutazione della rilevanza penale dell'atto, difatti, soggiace alla

⁴²¹ Nel corso degli ultimi anni, l'originario § 184c StGB ha subito varie riforme, tra cui la SexualdelÄndG del 27.12.2003 (BGBl. I S.3007) e la 49. StÄG del 21.1.2015 (BGBl. I S. 10), le quali hanno condotto all'attuale numerazione e dettato del § 184h del StGB.

⁴²² Cfr. Beck, 24 e ss.

⁴²³ Cfr. Hörnle, MüKo 2017, § 184h, Rn. 1; Laufhutte, Roggenbuck, LK StGB, § 184g, 4; crit. sul carattere *wertneutral*, Frommel, NK StGB 2013, §184g, 1.

⁴²⁴ Cfr. Eisele, S/S 2014, § 184g, 2.

⁴²⁵ Laufhutte, Roggenbuck, 5; Sturm, JZ 1974 1, 4.

⁴²⁶ Eisele, §184g, 1.

mutevolezza dei costumi sociali, della morale generalmente diffusa e alla personale sensibilità dell'interprete; tale (apparente) indeterminabilità astratta ha trovato, proprio nel § 184h StGB, una soluzione attraverso il riconoscimento espresso del criterio teleologico e quantitativo. Nell'ottica del legislatore tedesco, l'interprete, affinché l'elemento normativo *sexuelle Handlung* possa essere *riempito di valore*, e dunque rispettoso del principio di determinatezza, deve impiegare il *Wertsatisfüllungsmaßstab* del bene giuridico, riconosciuto in quel determinato momento storico, e attraverso esso valutare la rilevanza della condotta ⁴²⁷.

Se il concetto di *Unzucht*, suo di predecessore, viene generalmente analizzato attraverso la scomposizione in due componenti, una oggettiva e una soggettiva; si sostiene, al contrario, che in seno all'elemento della *sexuelle Handlung*, tale struttura sia incerta e controversa ⁴²⁸. Concetto chiave dell'attuale XIII *Abschnitt*, esso costituisce l'essenza di molteplici fattispecie incriminatrici, le quali, sebbene accomunate dalla tutela dell'autodeterminazione sessuale, perseguono condotte nettamente distinte tra loro. Tale tecnica normativa, è proprio uno dei punti di forza della normativa sessuale tedesca: il legislatore difatti, supplisce al pericolo di indeterminatezza dell'elemento normativo culturale, attraverso differenti norme penali, le quali disciplinano grado e qualità diversi di lesione del bene giuridico ^{429, 430}. La categoria delle *sexuellen Handlungen* è, perciò, comprensiva di diverse condotte, distinte tra loro e fortemente influenzate dal contesto in cui si realizzano ⁴³¹. Tale situazione, tuttavia, ha determinato notevoli difficoltà nella enucleazione di una definizione di portata generale ed ha visto dottrina e giurisprudenza rinunciare

⁴²⁷ Negli anni '70, l'emanazione di questa norma ha segnato un passo significativo nella teoria del bene giuridico, identificando normativamente un criterio interpretativo cardine. Frommel, 1.

⁴²⁸ Hörnle, 1; Eisele, 5.

⁴²⁹ Cfr. Cadoppi, *La violenza sessuale alla ricerca della tassatività perduta*, DPP 11/2016, 1469 e ss.

⁴³⁰ Si possono riassumere, in estrema sintesi, le varie categorie in: *sexueller Missbrauch*, *schwerer sexueller Missbrauch*; *sexuelle Nötigung*; *exhibitionistische Handlungen*, *pornographischer Schriften*, *sexuelle Belästigung*.

⁴³¹ Hörnle, 2.

anche all'identificazione di quali circostanze individuino il necessario *Sexualbezug* sul piano obiettivo-descrittivo ⁴³².

Un primo tentativo di definizione dell'elemento normativo in esame individua come *sexuelle* quella azione, *die das Geschlechtliche im Menschen zum unmittelbaren Gegenstand hat* ⁴³³. Essa avrebbe, dunque ad oggetto immediato la sessualità umana. La formulazione dei §§ 174 e ss., più precisamente, presenta, attraverso la locuzione “*an einer Person*” e “*vor einem anderen*”, due diverse modalità di condotta. La preposizione *an* prevede un necessario contatto fisico dai connotati sessuali ⁴³⁴, il quale può avvenire anche attraverso degli oggetti ⁴³⁵. Il carattere della corporeità determina, quindi, che restino escluse dalla figura le condotte meramente discorsive ⁴³⁶. Essa può essere sia attiva che omissiva ⁴³⁷ (benché solo eccezionalmente si possano configurare atti sessuali secondo questo schema), etero-, omosessuale o autoerotica, mentre, ai fini della qualificazione, è indifferente l'età dei soggetti coinvolti ⁴³⁸.

Una *sexuelle Handlung* deve presentare oggettivamente, ossia secondo il suo aspetto esterno (cd. *Erscheinungsbild*) ⁴³⁹ e nel suo complesso ⁴⁴⁰, una connotazione sessuale, avuto riguardo alla prospettiva di un osservatore obiettivo ⁴⁴¹. Affinché un tale giudizio sia determinante, secondo autorevole dottrina, tale osservatore deve avere avuto a che fare con relazioni di tipo

⁴³² Hörnle, 2.

⁴³³ Fischer, StGB 2016, §184h, 2.

⁴³⁴ Hörnle, 5 Laufütte-Roggenbuck, 5, Eisele, 18; cfr. BGH 2007, 124. Assume la connotazione di atto sessuale l'urinare o l'eiaculare sul corpo di una persona, Laufütte-Roggenbuck, 16: BGH III, 401/82.

⁴³⁵ BGH NStZ-92, 433; cfr. BGH II 30.3.2016, 405/15 (LG Gera).

⁴³⁶ Hörnle, 5.

⁴³⁷ Ziegler, Beck StGB OnlineK 2016, §184g, 3.

⁴³⁸ Hörnle, §184h, 2.

⁴³⁹ NStZ 2015, 33-35, NStZ 2015, 457; NStZ-RR 2016, 202; BGH II 24.8.2016, 504/15; BGH II 30.3.2016, 405/15.

⁴⁴⁰ Cfr. BGH NJW 92, 325.

⁴⁴¹ Dinnanzi al concetto di *unzüchtige Handlungen*, la prospettiva era soggettiva e aveva come fulcro l'autore del fatto, la sua *wollüstige Absicht*. Frommel, § 184g, 1.

sessuale ⁴⁴². La valutazione della condotta, inoltre, deve vertere sull'intera situazione di fatto che la caratterizza: dinnanzi ad una azione isolata e non particolarmente chiara, ma dai connotati sessuali rilevabili dal contesto in cui si inserisce, è ben possibile ritenerla come *sexuelle*. Classico l'esempio del discorrere circa temi dal contenuto sessuale ed al contempo spogliare la vittima minorenni o bere dell'urina in relazione ad una masturbazione ⁴⁴³. Secondo il parametro dell'esclusiva e chiara connotazione sessuale della condotta, data dall'aspetto esterno che essa assume concretamente, è ben possibile considerare come *sexuell* per esempio le condotte sado-masochistiche ⁴⁴⁴, o l'introdurre oggetti nella vagina o nell'ano, ad esempio una bottiglia ⁴⁴⁵. Mentre sono ritenute estranee alla categoria condotte indifferenti quali urinare, abbracciare, baciare durante un saluto, il lavare o le punizioni ⁴⁴⁶, se dall'esame complessivo del fatto non vengano rilevati aspetti indiziati un connotato sessuale ⁴⁴⁷. Da questi primi esempi si può ravvisare come una condotta viene considerata *sexuelle* anche in ragione del *sozialen Sinn* che essa riveste ⁴⁴⁸. È innegabile come tale criterio sia determinante, soprattutto dinnanzi ad un elemento normativo culturale.

In tale nuova accezione perde rilevanza l'elemento soggettivo della intenzione voluttuosa (*wollüstige Absicht*) ⁴⁴⁹ e la necessità che l'autore agisca al fine di stimolare o soddisfare il proprio o l'altrui istinto sessuale ⁴⁵⁰, che come abbiamo visto era requisito essenziale della condotta *unzüchtig*. Analogamente diventa insignificante il sentimento che sorregge l'azione delittuosa, che essa sia

⁴⁴² Hörnle, §184h, 2.

⁴⁴³ Hörnle, 3.

⁴⁴⁴ Laufhütte-Roggenbuck, 6.

⁴⁴⁵ Hörnle, 2; LG Osnabrück 31.8.2011– 3 KLS 9/11.

⁴⁴⁶ Laufhütte-Roggenbuck, 6.

⁴⁴⁷ BGH NSTZ 1985. 24; BGH StV 2007, 184.

⁴⁴⁸ Frommel, 1.

⁴⁴⁹ Eisele, 7; BGH II 24.8.2016, 504/15 (LG Köln); BGH II 30.3.2016, 405/15 (LG Gera).

⁴⁵⁰ Eisele, 8; Fischer, 4; NSTZ RR 13, 12.

da rabbia, sadismo, scherzo o superstizione ⁴⁵¹. Il totale distacco dall'elemento soggettivo permette di risolvere un altro caso particolarmente controverso nella vigenza dell'*Unzucht*: la condotta di un attore di un *Peep show*. L'obiettivo connotazione sessuale di una esibizione di tipo erotico è di per sé sufficiente ad integrare il carattere delineato dalla norma, a nulla rilevando la mera finalità economica o la stimolazione o il soddisfacimento di un istinto sessuale proprio o altrui ⁴⁵².

La complessità della materia si manifesta dinnanzi a fatti che esteriormente assumono una portata *neutrale*, ossia con nessun riferimento alla sessualità, ma interiormente sono caratterizzati da un motivo sessuale in capo all'autore. La questione è stata posta e risolta in senso positivo in tema di *unzüchtige Handlungen*. In relazione alla normativa in vigore, al contrario, dottrina e giurisprudenza rigettano unanimemente la configurabilità di una condotta oggettivamente neutrale come sessuale, sulla base di un riferimento alla mera prospettiva interna dell'autore ⁴⁵³. Il fondamento di una tale presa di posizione è da rinvenire nel lapidario §184h, il quale esige che la condotta, affinché possa essere considerata *sexuelle*, deve essere idonea a ledere il bene giuridico previsto dalla norma. Dinnanzi ad una condotta di tal specie, infatti, non può ravvedersi la lesione né dell'autodeterminazione sessuale né dello sviluppo psico-fisico del minore ⁴⁵⁴. Particolarmente interessante è una pronuncia della OLG di Oldenburg ⁴⁵⁵ che ha escluso la qualifica di *sexuelle Handlung* con riguardo alla condotta di una donna che ha fatto sì che un bambino di sei anni, che non era suo figlio, si attaccasse al suo seno per essere allattato, nonostante essa non

⁴⁵¹ BGH 08, 339; o ancora curiosità, fini scientifici, artistici o sessualpedagogici: Laufhütte-Roggenbuck, 8.

⁴⁵² Laufhütte-Roggenbuck, 7; Eisele, 8.

⁴⁵³ BGH V 275/15, 19.8.2015, BeckRS 2015, 15770; Eisele, 6; Beck, 42; Frommel, 1; Laufhütte/Roggenbuck, 6; Wolters, SK StGB, § 184g, 2; Laubenthal, 104 e ss; Hörnle, 4. Ulteriore e significativo esempio è fornito da Eisele, 6, nell'ipotesi di privazione della libertà personale, laddove non sia rinvenibile alcuna esterna e riconoscibile connotazione sessuale, benchè quest'ultimo carattere si rappresenti in capo al soggetto attivo.

⁴⁵⁴ Lenckner, JR 83, 160; Hörnle, 4; Eisele, 6.

⁴⁵⁵ OLG Oldenburg, NStZ-RR 2010, p. 240.

fosse fisiologicamente adatta ad allattare in quanto non mamma, e al contempo gli accarezzasse la testa e la schiena ⁴⁵⁶.

Ulteriormente rappresentativa della problematicità del tema in esame, e protagonista assoluta della prassi, è la categoria delle cosiddette condotte *ambivalenti*, le quali cioè, secondo i parametri di un osservatore oggettivo, sono di difficile classificazione. In tale circostanza eccezionale, la dottrina ritiene l'intento sessuale dell'agente, finalizzato alla stimolazione o soddisfacimento dell'istinto sessuale proprio o altrui, meritevole di considerazione e rilevante ai fini della determinazione della sessualità della condotta ⁴⁵⁷. Esempio paradigmatico è l'atto commesso in un contesto medico o educativo accompagnato da una tendenza sessuale. In tali ipotesi la BGH ritiene che il mero trasparire di una *Lustvorstellung*, come circostanza concomitante di un motivo d'azione inequivocabile, non rende la condotta *sexuelle* ⁴⁵⁸. Si ritiene analogamente anche nell'ipotesi in cui la componente sessuale sia l'input della condotta, ma lo scopo medico o educativo è altrettanto determinato e i suoi presupposti sussistono oggettivamente: per esempio l'intervento medico era obiettivamente necessario ⁴⁵⁹. Tra la casistica spesso citata dalla letteratura si fa riferimento all'ipotesi del sedersi su una persona con una intenzione sessuale ⁴⁶⁰; o dell'afferrare con una *Nötigungabsicht*, tra le gambe, da dietro, una ragazzina nuda, se in tal modo l'agente si voleva evitare la fuga della vittima ⁴⁶¹.

Significativa è la condotta dell'inserimento di oggetti, come banane o cetrioli, nella bocca del soggetto passivo. A riguardo si opina generalmente sia necessario valutare l'intenzione dell'agente, il quale potrebbe aver utilizzato

⁴⁵⁶ Considera tale condotta neutrale, Ziegler, 3.1.

⁴⁵⁷ Hörnle, 4; Fischer, 4a; BGH 08, 339.

⁴⁵⁸ BGH 13, 140.

⁴⁵⁹ Wolters, 7; cfr. BGH III 10.3.2016, 437/15 (LG Osnabrück); Hörnle, 4: Se la visita medica è eseguita *lex artis* la condotta assume carattere di neutrale; *Frommel*, 1: la valutazione della condotta dipende dalla *lex artis*. Esse non sono da considerare ambivalenti: bensì o sono da classificare come mera visita medica o come atto sessuale.

⁴⁶⁰ NSTZ, 97, 179.

⁴⁶¹ BGH 99, 357.

detti oggetti in sostituzione del pene, così traendo ispirazione dai rapporti sessuali orali rappresentati negli attuali prodotti pornografici ⁴⁶².

La più attenta dottrina ⁴⁶³ si è posta il quesito della rilevanza penale dello spogliare (*das Entkleiden*) fuori dai contesti quali quelli di cura e assistenza di bambini o invalidi, in quanto esso ben potrebbe assumere le vesti di un mero atto preparatorio di una consequenziale *sexuelle Handlung*, e dunque sollevare tutte le problematiche relative al *freiwillige Rücktritt vom Versuch*. L'opinione maggioritaria ⁴⁶⁴ considera, tuttavia, tale condotta irrilevante, salvo qualche pronuncia sporadica che esige che l'autore attraverso l'atto voglia stimolare o soddisfare il proprio istinto sessuale ⁴⁶⁵. Le più recenti prese di posizione, al contrario, vedono con sfavore il disinteresse verso tale attività ⁴⁶⁶: si pensi all'ipotesi di strappare i vestiti di dosso violentemente, ove dalla valutazione complessiva del fatto sia evidente il connotato sessuale della condotta. Ovvio e naturale, in definitiva, è che si tratta, in ogni caso, di ipotesi di minore rilevanza, a cui supplisce la concreta commisurazione della pena ⁴⁶⁷.

La dottrina tedesca reputa meritevole di considerazione anche l'ipotesi in cui una *sexuelle Handlung* sia commessa da un minore, soggetto in cui la rilevanza sessuale di una condotta potrebbe non manifestarsi perfettamente. Si ritiene che anche in tale ipotesi sia significativa la connotazione sessuale esterna, anche se il minore la inquadri in un altro contesto ⁴⁶⁸: è perciò ritenuto irrilevante che il minore non comprenda o non possa comprendere la connotazione sessuale della propria condotta. Si sostiene che, diversamente non verrebbero ricomprese situazioni in cui protagonisti siano minori particolarmente meritevoli di tutela e, dunque, si determinerebbero delle lacune

⁴⁶² Hörnle, 2; cfr. BGH V 16.3.2011, 581/10, NStZ 2011, 570 /571.

⁴⁶³ Hörnle, 6.

⁴⁶⁴ Eisele, 18; Laufhütte/Roggenbuck, 5;

⁴⁶⁵ BGH II 31.10.1984, 392/84, NStZ 90, 490; BGH V 08.11.2016, 431/16.

⁴⁶⁶ BGH V 10.3.2015, 521/14, NStZ 2015, 457.

⁴⁶⁷ Hörnle, 6.

⁴⁶⁸ Eisele, 11.

di punibilità. La prospettiva di esame muta allorché la condotta posta in essere sia obiettivamente non connotata sessualmente o sia ambivalente ⁴⁶⁹.

Il legislatore considera significative penalmente solo quelle condotte che, in relazione al bene giuridico protetto dalla norma, siano rilevanti, o più precisamente siano di *einiger Erheblichkeit*. L'analisi della rilevanza di una condotta andrà eseguita dinnanzi alla azione tipica, la quale cioè è connotata esteriormente da sessualità ⁴⁷⁰. L'*Erheblichkeitsklausel* è considerata, tuttavia, decisamente relativa ⁴⁷¹ e, al contempo, ampio è l'ambito di valutazione da essa contraddistinto, il tutto in considerazione della poca chiarezza che caratterizza il bene giuridico in questione ⁴⁷² e della diversità di portata dei beni giuridici in gioco ⁴⁷³. Di converso, parte della dottrina reputa fondamentale la sua più intima (o unica) funzione, ossia quella di proteggere la individuazione della fattispecie da criteri di natura morale ⁴⁷⁴. La sua essenzialità, tuttavia, come vedremo nel proseguo, ha avuto un forte ridimensionamento, giungendo sino alla sua totale dissolvenza.

Secondo la giurisprudenza maggioritaria sono da considerarsi rilevanti quelle “*sexualbezogenen Handlungen, die nach Art, Intensität und Dauer eine sozial nicht mehr hinnehmbare Beeinträchtigung des im jeweiligen Tatbestand geschützten Rechtsguts besorgen lassen*” ⁴⁷⁵. *Erheblich* è dunque quella condotta la quale, quanto ad aspetti qualitativi (modalità) e quantitativi (intensità e durata) ⁴⁷⁶, determina un pregiudizio al bene giuridico non più *socialmente* ammissibile ⁴⁷⁷, così tuttavia

⁴⁶⁹ Fischer, 4; Renzikowski, Miko, §176, 35.

⁴⁷⁰ Eisele, 15; Hörnle, 18.

⁴⁷¹ Frommel, 3; Eisele, 16.

⁴⁷² Eisele, 15; Sturm, JZ 74,4.

⁴⁷³ Eisele, 16; Wolters, 10; Laufhütte-Roggenbuck, 11.

⁴⁷⁴ Fischer, 5, il quale è fortemente critico sull'utilità del §184h.

⁴⁷⁵ BGH II 21.9.2016, 558/15; BGH, III 437/15, 10.03.2016; BGH V 22.10.2014, 380/14, NStZ 2015, 33, 35; BGH V 10.3.2015, 251/14, NStZ 2015, 457; BGH III, 24.9.1980, 255/80.

⁴⁷⁶ Frommel, 3; la BGH II 3.4.1991, 582/90, ha considerato il requisito della rilevanza soddisfatto dinnanzi a molteplici condotte di breve durata, le quali singolarmente valutate sarebbero state irrilevanti, Hörnle, 18.

⁴⁷⁷ BGH NStZ 2012, 269-270.

identificando un ulteriore parametro etico-sociale ⁴⁷⁸, decisamente ambiguo. La giurisprudenza, nell'esame della *rilevanza*, reputa necessario considerare anche le circostanze concomitanti al fatto, così come la relazione tra autore e vittima, in quanto esse possono influenzare profondamente l'entità del pregiudizio ⁴⁷⁹. Classico l'esempio del bacio sulla bocca, il quale, se realizzato tra estranei o conoscenti che non hanno mai avuto un contatto fisico, andrà valutato diversamente rispetto ad uno tra persone che poco tempo prima si scambiavano consenzienti intimità fisiche ⁴⁸⁰. Diversamente opina autorevole dottrina, la quale considera la relazione autore-vittima rilevante solo in ipotesi di confine, mentre nelle restanti ipotesi è ininfluenza: la valutazione della rilevanza prescinde dai motivi per i quali la vittima si è lasciata convincere a compiere o subire l'atto (per compassione), dalla personalità dell'autore o, per esempio, dal fatto che la vittima avesse già vissuto una azione di quel genere ⁴⁸¹.

La soglia della rilevanza, tuttavia, varia a seconda della fattispecie in oggetto ⁴⁸²: il legislatore tedesco è stato particolarmente attento e sistematico, invero, nella delineazione delle fattispecie del Titolo XIII, ripartendo i delitti anche in considerazione del soggetto leso: esempio paradigmatico, anche sotto questo aspetto, è il *Zungenkuss* (il bacio con la lingua), che nei confronti di una donna adulta ha una valutazione decisamente distinta rispetto a quello subito da un bambino ⁴⁸³. Precisazione essenziale è che la rilevanza di una condotta va valutata a seconda del significato socio-culturale della parte del corpo interessata ⁴⁸⁴, restandone comunque escluse quelle che si sostanziano in una

⁴⁷⁸ Eisele, 15; Fischer, 6.

⁴⁷⁹ OLG Koblenz II 10.4.2014, 108/13, BeckRS 2014, 19687; BGH I 14.8.2007, 201/07, NStZ 2007, 700; BGH NStZ 1992, 432; BGH 2012, 269-270; BGH 2013, 708; NJW 2016, 2049; Eisele, 15a; Frommel, 3.

⁴⁸⁰ BGH II 8.2.2006, 575/05, StV 2006, 416, 418.

⁴⁸¹ Hörnle, 18.

⁴⁸² Eisele, 16; Hörnle, 20.

⁴⁸³ Frommel, 3; BGH NStZ 1983, 553; cfr. BGH NStZ 2007, 700.

⁴⁸⁴ Hörnle, 21.

mancanza di tatto o in atti di cattivo gusto ⁴⁸⁵. La casistica più copiosa e considerevole è sicuramente quella relativa al contatto con organi genitali, sia nudi sia coperti da abiti, nelle forme del palpeggiamento, dell'afferrare, della penetrazione anale o vaginale ⁴⁸⁶, etc., i quali generalmente vengono considerati rilevanti ai fini della norma ⁴⁸⁷; più problematica invece allorquando ci si riferisca a zone vicine agli organi genitali. In tema di zone erogene essenziale è l'analisi dell'intera situazione di fatto e dunque, della modalità, intensità e durata della condotta: riguardo al *Busengrapschen* si afferma la rilevanza quando il toccare o palpeggiare è considerevole o avviene al di sotto degli abiti ⁴⁸⁸. Tra le altre zone erogene viene ricompresa anche la bocca, ove si manifesta la problematica del bacio, generalmente considerato irrilevante se casto, ma ricco di interrogativi se assume il carattere del *Zungenkuss*⁴⁸⁹ o vi siano anche dei palpeggiamenti contestuali ⁴⁹⁰. La classica "pacca nel sedere" invece viene considerata irrilevante, salvo sia sulla pelle nuda e si concretizzi in veri e propri palpeggiamenti. Ricca anche la casistica sulle carezze, le quali, sia che vengano effettuate sulla coscia, anche nuda, sul ginocchio o sulla schiena sotto gli abiti, assumono spesso la qualifica di irrilevanti.

La dottrina maggioritaria, in relazione alle fattispecie del XIII *Abschnitt* a tutela dei bambini (*Kinder*) e degli adolescenti (*Jugendlichen*), applica il criterio della rilevanza in maniera meno rigida, in considerazione della maggiore necessità di tutela che li contraddistingue ⁴⁹¹. Per prima cosa, occorre precisare

⁴⁸⁵ Eisele, 15b; Hörnle, 22; BGH NStZ 1983, 553.

⁴⁸⁶ BGH V 9.12.2014, 422/14 (LG Berlin); cfr. BGH II 9.7.2014, 13/14 (LG Aachen) ove è stata ritenuta rilevante sessualmente l'urinare in bocca alla vittima, in relazione al *schwere sexuelle Missbrauch*.

⁴⁸⁷ BGH 07, 13; BGH 35, 76; BGH MDR/D 74, 366. è rilevante il premere il viso della vittima contro le parti intime dell'autore, BGH NStZ 2001, 370.

⁴⁸⁸ BGH II 8.2.2006, 575/05, StV 2006, 416-418; BGH NStZ/Mie 92, 228; Koblenz, NJW 74, 870.

⁴⁸⁹ BGHSt 33, 340= NJW 1986, 1053; BGH 01, 170.

⁴⁹⁰ BGH II 8.2.2006, 575/05, StV 2006, 416; OLG Brandenburg I 28.10.2009, 70/09, NStZ-RR 2010, 45; BGH NStZ-RR 07, 13, BGH 10, 44, BGH 01, 370.

⁴⁹¹ Hörnle, 25; Eisele, 16; Laufhütte-Roggenbuck, 12.

come la rilevanza di una condotta come sessuale non dipende dalla percezione e comprensione del contenuto in capo al minore-vittima ⁴⁹². In ogni caso, l'inquadramento della condotta da parte del minore non gioca alcun ruolo ⁴⁹³. Secondo una impostazione solo evidenti ed innocue condotte potrebbero rimanere escluse dalla configurazione come illecite o, comunque, piccole interferenze nella autodeterminazione sessuale ⁴⁹⁴, come per esempio il breve palpeggiamento dei seni di una ragazzina o un contatto insignificante ⁴⁹⁵. L'opinione comune, tuttavia, determina che una condotta si consideri tanto più rilevante, quanto più giovane è la vittima ⁴⁹⁶, sebbene paia opportuno non applicare tale schema in maniera pedissequa e schematica ⁴⁹⁷: ovvio e naturale è che la presumibile inesperienza di un prepubere, per esempio, renda un atto sessuale nei suoi confronti più significativo, rispetto ad un giovane con precedenti esperienze; essenziale è, dunque, anche l'indagine sulle esperienze già acquisite ⁴⁹⁸. Per quanto riguarda la casistica, la posizione maggioritaria ritiene rilevante, benché breve, il toccare o il palpeggiamento sia delle parti intime, protette da abiti o meno ⁴⁹⁹, sia del seno ⁵⁰⁰; mentre l'accarezzamento di tutto il corpo è stato considerato, non senza critiche, irrilevante ⁵⁰¹. Nelle più recenti pronunce viene, invece, considerato illecito l'accarezzare i glutei nudi di una tredicenne, mentre dormiva ⁵⁰².

Ritornando all'esempio del bacio, viene valutato irrilevante il tentativo di

⁴⁹² Hörnle, 29; BGH III 10.3.2016, 437/15 (LG Osnabrück).

⁴⁹³ Hörnle, 29.

⁴⁹⁴ Hörnle, 25.

⁴⁹⁵ Wolters, 12.

⁴⁹⁶ Eisele, 16.

⁴⁹⁷ Hörnle, 25.

⁴⁹⁸ Eisele, 16.

⁴⁹⁹ Wolters, 12; BGH II 17.11.1999, 453/99, NStZ-RR 2000, 299. La BGH 359/84, ha ritenuto rilevante la condotta di chi, vestito, compiva movimenti simili a quelli di un rapporto sessuale, su un bambino.

⁵⁰⁰ BGH I 14.8.2007, 201/07; NStZ 2007, 700; OLG Oldenburg NStZ, 10, 240, ha ritenuto irrilevante l'allattamento non fisiologicamente possibile.

⁵⁰¹ StV 00, 197; Crit. Hörnle, 27; Frommel, 3. Irrilevante anche l'abbracciare fugacemente un bambino in piscina, con relativo contatto di parti del corpo nude, BGH 558/15.

⁵⁰² BGH II 21.9.2016, 558/15 (LG Aachen).

baciare o un rapido bacio sulla bocca di una bambina di quattro anni ⁵⁰³, ma non il *Zungenkuss*, benché nei confronti di una quindicenne ⁵⁰⁴. *Nulla quaestio*, dunque, circa il carattere sessuale dell'atto "bacio con la lingua", ma in che termini va inquadrato tra le varie norme a tutela della integrità psico-fisica del minore? È un atto simile ad un rapporto sessuale ai sensi del §176a, comma 2, lett. 1, ossia un *schwere sexuelle Missbrauch*? Il *Bundesgerichtshof* ha riqualificato il fatto, così definito dal giudice del fatto, ritenendo il *Zungenkuss* un semplice atto sessuale, ai sensi del §176, un *sexuelle Missbrauch* ⁵⁰⁵.

Il secondo comma del §184h ⁵⁰⁶ descrive cosa si deve intendere per atto sessuale dinnanzi ad un'altra persona. Il legislatore con la preposizione *vor* fa venir meno il requisito del contatto fisico e fa assumere rilevanza alla presenza e alla consequenziale percezione della condotta, la quale potrà essere generalmente ottica, ma anche essere uditiva, tattile o olfattiva ⁵⁰⁷. Per la commissione di un atto sessuale *dinnanzi ad una persona* non è sufficiente la mera presenza, rimanendo escluse dalla norma tutte le ipotesi ove il soggetto non possa percepire la condotta ⁵⁰⁸, o per mancanza di attenzione o perché addormentati. A riguardo, la giurisprudenza spesso si è orientata, a causa della precedente formulazione del §176 StGB, ad esigere la presenza contestuale o la vicinanza spaziale dei soggetti coinvolti ⁵⁰⁹, circostanza ormai anacronistica in considerazione delle nuove forme di telecomunicazione, ove di frequente si configurano atti sessuali rilevabili penalmente ⁵¹⁰. Significativo è il fatto che

⁵⁰³ BGH II 12.9.2012, 219/12, NStZ 2013, 80; BGH V 19.8.2015, 275/15, BeckRS 2015, 15770.

⁵⁰⁴ Wolters, 12; Hörnle, 27; diversamente opina la OLG Brandenburg, NStZ-RR 10, 45, la quale considera il breve bacio con la lingua, senza eventuali ulteriori contatti sessualmente motivati, nei confronti di una quindicenne irrilevante.

⁵⁰⁵ BGH III 28.6.2016, 154/16.

⁵⁰⁶ Così recita: "*sind sexuelle Handlungen vor einem anderen nur solche, die vor einem anderem vorgenommen werden, der den Vorgang wahrnimmt*".

⁵⁰⁷ Hörnle, 5; Wolters, 18; BGH 55, 283-286; AG Lübeck 8.6.2011 – 746 Js 13196/11, BeckRS 2011, 19102: in relazione all'odore di sperma; BGH I 21.10.2014, 79/14.

⁵⁰⁸ Laufhütte-Roggenbuck, 18.

⁵⁰⁹ BGH 41, 285, circa le comunicazioni via telefono, la quale ne escludeva la rilevanza.

⁵¹⁰ BGH I 21.04.2009, 105/09.

l'autore sia consapevole della percepibilità della sua condotta da parte di terzi⁵¹¹.

Punto di riferimento per l'identificazione delle condotte rilevanti sono i §§183 e 183a, i quali ricordano il nostro art. 527 c.p., ormai in parte depenalizzato. Il primo persegue le *exhibitionistische Handlungen*, atti ricompresi all'interno della categoria di cui al §184h⁵¹², i quali si concretizzano nel mostrare i propri genitali a terzi, senza il loro consenso, al fine di stimolare, aumentare o soddisfare il proprio istinto sessuale⁵¹³, dunque con una motivazione sessuale⁵¹⁴. L'elemento soggettivo assume portata essenziale al fine di escludere dalla fattispecie condotte quali il mostrare le proprie nudità per fini provocatori o dimostrativi (cd. *Nacktjoggen*⁵¹⁵) o nell'urinare⁵¹⁶.

La tematica dell'atto esibizionista, quale mero nudo, funge da elemento chiave nella nostra trattazione; esso dimostra la netta separazione che, fino ad ora, contraddistingue il sistema penale tedesco da quello italiano. L'elemento soggettivo, presente in capo ad un membro della società, rappresenta spesso quella che è la visione generale di una determinata condotta: ci si riferisce alla pacificamente ammessa fruizione delle terme senza alcun tipo di indumento, al prendere il sole nudi nei parchi pubblici o al cambiarsi il costume in spiaggia dinnanzi a tutti. L'integrazione dell'elemento oggettivo, quale il mostrare le proprie nudità a terzi, vede al contempo, la totale assenza di un qualche elemento soggettivo rilevabile penalmente e culturalmente. Significativa è la diversa percezione culturale del corpo e della sua nudità davanti a terzi, retaggio di un completamente diverso background storico-religioso, che ha caratterizzato i due ordinamenti in esame. Tale fenomeno manifesta proprio la

⁵¹¹ Fischer, 9; Ziegler, 6.

⁵¹² Eisele, S/S 2014, §183, 3.

⁵¹³ Eisele, 3.

⁵¹⁴ Fischer, §183, 5.

⁵¹⁵ Viene meno la configurabilità anche nel caso del correre nudi durante una manifestazione sportiva, per mancanza dell'elemento soggettivo, Kett-Straub, *Ist "Flitzen" ein über Fußballfeld strafbar?* JZ 06, 189.

⁵¹⁶ Eisele, 3; Fischer, 5.

reazione che si crea nell'incontro tra morale sessuale e diritto penale. Nel §183a, al contrario, ci si trova dinnanzi ad una vera e propria commissione di un atto sessuale dinnanzi a terzi, caratterizzato dallo scopo di suscitare scandalo. In tale ipotesi, il mero nudismo viene escluso dal novero degli atti ⁵¹⁷, così come le mere dichiarazioni scritte o orali a sfondo sessuale ⁵¹⁸.

Tra le condotte identificate dal legislatore è configurabile, inoltre, anche l'ipotesi in cui sia la vittima ad eseguire l'atto sessuale davanti all'autore o ad un terzo; in tale circostanza si reputa che la conoscenza del disvalore da parte della vittima sia necessaria ⁵¹⁹.

Tali considerazioni cambiano leggermente in relazione a soggetti meritevoli di speciale attenzione, quali i minori. Mentre, sempre necessaria, è la rappresentazione e volizione dell'autore sulla percepibilità dell'atto da parte del minore ⁵²⁰, il rapporto tra percezione sensoriale e comprensione dell'accaduto è, al contrario, meno netta. Problematica e controversa è, invero, la questione se il minore debba comprendere l'accaduto: a riguardo, alcuni ritengono sia sufficiente una comprensione *kindgerecht* ⁵²¹, mentre autorevole, ma minoritaria dottrina opina non sia sufficiente che il minore percepisca meramente il fatto, senza che per lui rivesta significato ⁵²². Al riguardo molte sono state le critiche. Le norme in esame spesso assumono la forma di reati di pericolo, in cui il bene protetto è lo sviluppo psico-fisico del minore: ritenere irrilevante un atto sessuale condotto dinnanzi ad un bambino, salvo non sia neonato o molto piccolo ⁵²³, che per inesperienza non ne comprende l'esatto disvalore, non implica che tale percezione sia per lui senza conseguenze sul piano psico-fisico. Le continue ricerche scientifiche sul tema parlano da sé. Pertanto, condivisibile

⁵¹⁷ Eisele, §183a, 3.

⁵¹⁸ Fischer, §183a, 3.

⁵¹⁹ Fischer, 9.

⁵²⁰ Eisele, 23; Laufhütte-Roggenbuck, 19.

⁵²¹ Frommel, 5; per Laufhütte-Roggenbuck, 24, non è necessario.

⁵²² Eisele, 22; *contra* Laufhütte-Roggenbuck, 24; BGH 49, 381; BGH NSTZ 13, 278; Hamm NSTZ-RR 05, 110.

⁵²³ Hörnle, 30.

è la tesi, maggioritaria, di chi ritiene non necessario che il minore comprenda e conosca il disvalore dell'accaduto, sia che sia vittima in quanto spettatore, sia in quanto attore nei confronti di un terzo ⁵²⁴.

La circostanza che, ai fini della configurabilità del reato, rilevi l'aspetto esterno della azione commessa, non determina un disinteresse verso la *Kenntnisse* e *Vorstellung* della stessa in capo all'autore. La sussistenza di un atto sessuale, come ogni elemento della fattispecie, deve essere rivestita dal dolo dell'autore ⁵²⁵, diretto o, perlomeno, eventuale. Il *Bedeutungsinhalt* dell'atto deve essere conosciuto dall'autore ⁵²⁶ secondo il parametro del *Laienart* ⁵²⁷, criterio chiave dinnanzi agli elementi normativi, quale anche quello in esame. Attenta dottrina evidenzia come particolarmente critica può essere la determinazione del dolo per le condotte cosiddette *ambivalenti*, in ordine alle quali l'aspetto esterno non è sufficiente ad indicarne il disvalore ed occorre, dunque, focalizzarsi sui motivi (cd. *Motivbündel*, coniato dalla BGH 13, 138, 140). Essendo venuto meno il requisito oggettivo del *wollüstige Absicht* del modello previgente, irrinunciabile è il dolo eventuale in relazione alla connotazione sessuale dell'atto e, al contempo, la approvazione della realizzazione della fattispecie ⁵²⁸.

Il tentativo di fornire un quadro d'insieme sul tema delle *sexuellen Handlungen*, già di per sé particolarmente complesso, ha subito una scossa a seguito dei fatti di capodanno 2017 a Köln e Hamburg, dai quali è scaturita la recentissima 50^a riforma di novembre 2017 e, selezionando ciò che a noi particolarmente interessa, l'emanazione del §184i circa le *sexuelle Belästigung* ⁵²⁹,

⁵²⁴ Laufhütte-Roggenbuck, 24.

⁵²⁵ Laufhütte-Roggenbuck, 8-19; BGH NStZ 2009, 29.

⁵²⁶ BGH II 24.8.2016, 504/15.

⁵²⁷ Laufhütte-Roggenbuck, 8; BGH NJW 1993, 2252, 2253.

⁵²⁸ Laufhütte-Roggenbuck, 8.

⁵²⁹ Recita così la norma: "(1) Wer eine andere Person in sexuell bestimmter Weise körperlich berührt und dadurch belästigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn nicht die Tat in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist. (2) 1In besonders schweren Fällen ist die Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren. 2Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor,

le molestie sessuali. Tutte le considerazioni fatte circa i caratteri che deve assumere una condotta per essere perseguibile, ai sensi della XIII sezione, come sessuale assumono dei connotati molto più sfumati rispetto a quelli preesistenti.

La perseguibilità della molestia sessuale va, invero, a scontrarsi con l'impianto fornito dal §184h, in ordine al requisito della *rilevanza* della condotta: la nuova norma sanziona chi *tocca* una persona in maniera sessualmente determinata, così molestandola ⁵³⁰. Siffatta norma sembra consentire di colmare quelle lacune punitive che il precedente sistema aveva consapevolmente lasciato, il tutto armonizzato dalla clausola di sussidiarietà e dalla perseguibilità a querela. Occorre precisare che spesso la giurisprudenza si è trovata di fronte a casi di effettiva molestia sessuale, quali il cosiddetto *Busengrapschen* o la “pacca sul sedere”, in cui, pur di trovare un fondamento alla perseguibilità, riconosceva applicabile il §185, benché tale norma perseguisse un bene giuridico totalmente diverso da quello leso dalla condotta (l'onore invece dell'autodeterminazione sessuale) ⁵³¹, (così, peraltro, eludendo integralmente il divieto di analogia).

Dalla analisi della normativa extra-penale, tuttavia, si può notare un precedente particolare interesse verso le molestie sessuali, per esempio se commesse in ambito lavorativo o universitario, da cui poteva scaturire un procedimento disciplinare e una relativa sanzione ⁵³². La tensione e il malcontento generale e le pressioni a livello comunitario, di cui all'art. 40 della Convenzione di Istanbul, hanno spinto il legislatore tedesco ad affrontare il fenomeno, così riformando l'intero apparato penale sessuale e generando

wenn die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird. (3) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.”

⁵³⁰ Durante i lavori preparatori è emersa la richiesta di eliminare dal sistema il requisito della rilevanza della condotta, determinando tuttavia ripercussioni devastanti sull'intero *Sexualstrafrecht*, Renzikowski, *Nein! Das neue Sexualstrafrecht*, NJW 2016, 3533.

⁵³¹ Renzikowski, MÜKo 2017, §184i, 2.

⁵³² Renzikowski, 2.

notevoli perplessità in capo agli operatori del settore.

I, benché scarsi, commenti sulla riforma permettono di tracciare un primo approssimativo quadro: l'espressione *körperlich berührt*, in primo luogo, identifica il necessario requisito della corporeità, a prescindere dalla presenza dei vestiti o meno, il cui contatto può avvenire anche tramite un oggetto⁵³³. Rimangono invece escluse dall'ambito di operatività della fattispecie tutte le molestie verbali⁵³⁴ e i gesti⁵³⁵. Problematica, invece la definizione dell'espressione *sexuell bestimmt*, in ordine alla quale la dottrina fa generalmente riferimento alla interpretazione del §184h, circa il riferimento alla connotazione sessuale secondo l'*Erscheinungsbild* esterno⁵³⁶, mentre, ai sensi della legge di riforma⁵³⁷ “un contatto fisico si realizza in maniera sessuale, quando è motivato sessualmente”, così prendendo piede due criteri di identificazione totalmente antitetici.

Il contatto corporale dal connotato sessuale deve generare una molestia in capo alla vittima. A riguardo la dottrina fa riferimento al *Begriffbestimmung* presente nella AGG, *Allgemeines Gleichbehandlungs Gesetz*, dove al §3, comma 4 si definisce proprio la *sexuelle Belästigung*⁵³⁸, nei termini (anche) di un contatto fisico di stampo sessuale indesiderato e lesivo della dignità della persona e comunque, in relazione al §184i, della autodeterminazione sessuale⁵³⁹. Il rinvio, essenziale per poter inquadrare la nozione, non può però essere integrale, in

⁵³³ Renzikowski, 7

⁵³⁴ Hörnle, *Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung*, NSStZ 2017, 13.

⁵³⁵ Renzikowski, 7.

⁵³⁶ Hörnle, *Das Gesetz...* cit. 20; Renzikowski, 7; quest'ultimo non ritiene si faccia riferimento alla motivazione dell'autore circa il carattere sessuale della condotta, bensì al significato socio-culturale della parte del corpo interessata.

⁵³⁷ BT-Dr. 18/9097, 30.

⁵³⁸ Così recita la norma: “*Eine sexuelle Belästigung ist eine Benachteiligung in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4, wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, wozu auch unerwünschte sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen gehören, bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird*”.

⁵³⁹ Renzikowski, 9.

quando la citata AGG vede la prospettiva della vittima in maniera particolarmente fondante e significativa, mentre il Titolo XIII del StGB ha un impianto orientato verso un punto di vista necessariamente oggettivo ⁵⁴⁰. Diversamente però ritiene la legge di riforma, la quale considera la vittima molestata allorquando essa venga non in modo irrilevante compromessa nei suoi sentimenti ⁵⁴¹, così determinando un eccessivamente ampio campo di applicazione della norma ⁵⁴². La più attenta dottrina ritiene tale elemento non fondante la punibilità, bensì mero filtro: la condotta deve pregiudicare rilevantemente la vittima nei suoi sentimenti, essendo significativa, dunque, la sua valutazione individuale ⁵⁴³.

Molestia, dunque, come condotta indesiderata, ossia priva del necessario consenso da parte della vittima. Il riferimento al consenso permette, pertanto, di trovare un sicuro fondamento nella normativa penale sessuale, come il § 177, così delineando la necessariamente espressa manifestazione del disappunto ⁵⁴⁴. La dottrina, circa l'elemento della *Belästigung* (molestia), rinviene utile anche il rinvio alla disciplina delle *exhibitionistischen Handlungen*, le quali appunto fanno riferimento ad una condotta molesta, benché esse siano prive del requisito della fisicità ⁵⁴⁵.

Dalla analisi dell'elemento oggettivo, ciò dunque, sembrano integrare la fattispecie gli abbracci, i baci sulla guancia, le pacche sul sedere o il toccare le parti sessuali di primo o secondo livello, brevi contatti sessuali, ossia condotte, le quali ricadrebbero al di sotto della soglia di rilevanza del §184h ⁵⁴⁶. Problematiche, invece, le carezze sulle braccia, sulla testa o sulla schiena, le quali, se interpretati secondo la prospettiva soggettivizzante della legge di

⁵⁴⁰ Renzikowski, 9.

⁵⁴¹ BT-Dr. 18/9097, 30.

⁵⁴² Hörnle, *Das Gesetz...* cit. 20.

⁵⁴³ Hörnle, *Das Gesetz...* cit. 20.

⁵⁴⁴ Renzikowski, 9.

⁵⁴⁵ Renzikowski, 10.

⁵⁴⁶ Renzikowsky, *Nein! Das neue Sexualstrafrecht*, NJW 2016, 58.

riforma, avrebbero un impatto sulla società abbastanza incisivo ⁵⁴⁷. Tali conclusioni vengono però fortemente criticate. Le considerazioni devono vertere sull'intera analisi del fatto concreto, così come nel caso delle *sexuelle Handlungen*, sulla parte del corpo interessata, sul rapporto tra i due soggetti e sul rispetto degli standard sociali, come nel caso di semplici *flirts*. Più precisamente, il contatto fisico deve intrinsecamente avere un significato sessuale, a prescindere dagli ulteriori piani dell'autore ⁵⁴⁸. Così possono ricomprendersi i baci sulla gola o sulla bocca, lo strofinare dei genitali (cd. *Frottage*), il palpeggiamento del sedere, mentre restano escluse tutte quelle condotte che non presentano alcuna connessione con la sfera della sessualità, come i baci sulla mano, baci sulla guancia, il toccare la mano, il braccio, la schiena, benché siano strumentali ad un approccio con la controparte. La motivazione in capo all'autore si paventa sia necessaria, sebbene realizzata in maniera obiettiva, in ordine soprattutto alla lesione del bene giuridico della autodeterminazione sessuale, che è fondante in ogni norma della XIII sezione del StGB.

La condotta deve assumere i caratteri del *bedingten Vorsatz*: l'autore deve essere consapevole della sessualità del suo operare, mentre irrilevanti sono le motivazioni. L'erronea convinzione della sussistenza del consenso, al contrario, esclude il dolo ⁵⁴⁹.

3.b. La nozione di atti sessuali: i casi limite.

È stato più volte sostenuto in dottrina ed in giurisprudenza che, con il ricorso alla nozione di "atto sessuale", il legislatore ha inteso superare le incertezze che, nella soluzione di specifiche questioni interpretative, erano sorte sulla base delle previgenti figure di reato della congiunzione carnale violenta, abusiva e fraudolenta (*ex artt. 519 e 520 c.p., norme ora abrogate*) e degli atti di libidine

⁵⁴⁷ Critica a riguardo Hörnle, *Das Gesetz...* cit. 20.

⁵⁴⁸ Hörnle, *Das Gesetz...* cit. 20.

⁵⁴⁹ Renzikowski, 11.

⁵⁵⁰ (*ex art. 521 c.p.*, norma ora abrogata), preferendo così unificare le precedenti fattispecie incriminatrici in un'unica figura di reato (Riforma L. 15 febbraio 1996, n. 66, "Norme contro la violenza sessuale") ⁵⁵¹.

Il precedente sistema normativo ruotava, dunque, attorno a molteplici elementi normativi, tra cui anche il concetto di osceno, il tutto inserito all'interno di un contesto quale quello della tutela della moralità pubblica e del buon costume. Il nuovo scenario, al contrario, si basa sulla tutela della autodeterminazione sessuale, ponendo il soggetto-vittima al centro del disvalore penale, e si poggia totalmente su un unico elemento normativo: "gli atti sessuali".

Il discorso "indeterminatezza" si pone, inevitabilmente, anche in relazione al concetto in questione, sebbene la questione sia stata ripetutamente dichiarata manifestamente infondata dalla Corte ⁵⁵². Afferma quest'ultima che "la formula, la quale ha il pregio della sinteticità, essendo ogni definizione analitica nella materia in esame da evitare, non può essere ritenuta generica ed indeterminata, poiché molte volte si è riconosciuto la legittimità del riferimento a condotte la cui illiceità è condizionata dall'evoluzione del costume sociale o da nozioni scientifiche ed i cui contenuti sono determinati dall'interpretazione giurisprudenziale ⁵⁵³. L'indeterminatezza è stata spesso rigettata, peraltro, anche con il semplice evidenziare come essa, debba essere interpretata alla luce della libertà sessuale, quale interesse protetto dalla fattispecie. Attraverso l'applicazione del criterio teleologico, difatti, si possono ricomprendere nella nozione tutti quegli atti indirizzati verso zone erogene della vittima e quindi anche toccamenti, palpeggiamenti e sfregamenti sulle parti intime anche sopra i

⁵⁵⁰ La relazione al codice con riferimento all'art. 521 c.p., faceva riferimento allo "sfogo dell'appetito di lussuria" e la dottrina prevalente riteneva atti di libidine quelli, diversi dalla congiunzione carnale, diretti ad eccitare la concupiscenza verso piaceri carnali, turpi per se stessi o per le circostanze in cui si cerca di provarli, ovvero diretti a soddisfare tale concupiscenza.

⁵⁵¹ Cass. III n. 3591, 11.5.2016.

⁵⁵² C. Cost. n. 6652, 5.6.1998.

⁵⁵³ Cass. III, n. 37395, 2.7.2004; Cass. III, 27.4.1998, FI 1998, II, 505.

vestiti, suscettibili di eccitare la concupiscenza sessuale dell'autore⁵⁵⁴. Non dello stesso avviso parte della dottrina, la quale opina sussista un difetto assoluto di tassatività, così giungendo a negare, perfino, che possa realizzarsi una successione di norme⁵⁵⁵. Si è sostenuta, inoltre, assente una sufficiente precisione, in quanto il legislatore avrebbe ommesso di qualificare cosa si debba intendere per “sessuale”. Tale tecnica è stata così classificata come una “legislazione per genere” e come tale dichiarata inaccettabile: l'interprete, infatti, sarebbe reindirizzato ad una mera categoria logica⁵⁵⁶.

La formulazione precedente alla L. 15.2.1996, n. 66, recava il concetto di “congiunzione carnale” e di “atti di libidine”. Nella prima condotta venivano ricomprese le ipotesi di introduzione dell'organo genitale del reo nel corpo della vittima, di natura vaginale, anale o orale. Non si riteneva necessario, peraltro, né la penetrazione totale, né l'iaculazione⁵⁵⁷. Gli atti di libidine, diversi dalla congiunzione carnale⁵⁵⁸, erano, invece, iscritti nell'ambito dello “sfogo sessuale”, quali manifestazioni in cui può esprimersi l'istinto sessuale, in relazione al quale si reputa necessario il coinvolgimento del corpo della vittima. La nozione veniva ricostruita attraverso due diversi approcci, uno soggettivo, maggioritario, e uno oggettivo. Sostanzialmente la prima, caratterizzante l'ottica giurisprudenziale, aveva come fulcro il significato che la condotta assumeva per l'agente: contatti fisici, quali baci, abbracci, carezze, assumevano la qualifica di atti di libidine allorquando risultavano intimamente mossi da un impulso lussurioso in capo all'agente⁵⁵⁹. Diversamente l'approccio oggettivo orientava la sua attenzione verso la condotta lesiva, in una prospettiva rivolta alla tutela

⁵⁵⁴ Cass. III, n. 1225, 11.3.2016; Cass. III, n. 21167, 20.6.2006.

⁵⁵⁵ Pecoraro, Albani *Violenza sessuale ed arbitrio del legislatore*, Napoli, 1997, p. 29 e 159.

⁵⁵⁶ Pecoraro, Albani, 48; *contra* Cadoppi, *Commento all'art. 3*, Cadoppi, Comm. 2002, 135; Vizzardi, 144.

⁵⁵⁷ Antolisei (1992), PS, 451.

⁵⁵⁸ Antolisei, 457.

⁵⁵⁹ Cass. 12.02.1954, GP 1954, II, 609, 393.

del soggetto passivo ⁵⁶⁰. Elemento preponderante è, dunque, l'essere l'atto inequivocabilmente manifestazione dell'istinto sessuale, quale suo carattere intrinseco, del tutto avulso dalla sfera personale del soggetto agente. Secondo tale approccio, dette condotte possono essere considerate sintomatiche di un atto sessuale, e andrebbero integrate con l'analisi di tutte le circostanze del fatto concreto ⁵⁶¹.

Il passaggio dalla bipartizione succitata all'unico concetto di "atto sessuale", realizzatasi con la riforma del 1996, risponde a molteplici esigenze. Evidenza, la dottrina, in primo luogo, la stigmatizzazione della persona offesa in sede probatoria, la quale doveva dimostrare in maniera particolarmente precisa la sussistenza dei requisiti della "congiunzione carnale" subita ⁵⁶²; in secondo luogo l'identica valenza che assume il bene giuridico tutelato da entrambe le fattispecie, il quale non poteva ammettere una distinzione di gravità basata sulla parte del corpo in questione o sulla penetrazione o meno ⁵⁶³. Il merito maggiore attribuito alla riconduzione *ad unum* è, tuttavia, la soluzione di un non irrilevante problema applicativo, quale il *discrimen* tra le forme di violenza carnale tentata e quella di atti di libidine consumati; essa ha generato, oltre ad una semplificazione nell'accertamento, anche il rispetto della certezza del diritto. Accanto ai pregi, la dottrina esprime forti critiche verso tale scelta legislativa, le quali paventano una incostituzionalità. Nel calderone degli "atti sessuali" si riunirebbero condotte dotate di diverso disvalore, dallo stupro alla mera molestia, le quali risulterebbero sottoposte ad una medesima cornice edittale, violando il principio di proporzionalità. La sussistenza, peraltro, dell'ipotesi di minore gravità, sotto forma di circostanza attenuante, si sostiene, non risolverebbe il problema, in primo luogo perché manca una definizione

⁵⁶⁰ Pecoraro, Albani, 312.

⁵⁶¹ Pecoraro, Albani, 8.

⁵⁶² Quanto allo stato immutato del fenomeno post riforma: Bertolino, La riforma dei reati di violenza sessuale, SI, 1996, 403.

⁵⁶³ Cfr. Lunardi, Del Vecchio, 391.

legislativa della stessa espressione e in secondo luogo in quanto essa verrebbe resa vana dalla presenza di ulteriori circostanze aggravanti.

Durante il passaggio dalla precedente alla attuale formulazione, la dottrina, di fronte al problema dell'individuazione del *minimum* di condotta penalmente rilevante perché resti integrato il delitto di violenza sessuale, ha delineato tre principali orientamenti: a) la tesi della maggiore ampiezza dell'espressione "atti sessuali" rispetto a quella di "atti di libidine"⁵⁶⁴; b) l'indirizzo secondo il quale la nozione di "atti sessuali" deve essere intesa in senso restrittivo rispetto a quella comunemente accolta di atti di libidine; c) l'opinione che tra gli atti di libidine e gli atti sessuali vi è invece una fondamentale identità concettuale⁵⁶⁵. L'impostazione "estensiva" trova una grande eco nella giurisprudenza e tende a considerare atti sessuali non solo quelli che coinvolgono la sfera genitale, bensì tutti quelli che hanno a che fare con zone del corpo definite erogene, secondo i canoni medici, psicologici e antropologico-sociologici⁵⁶⁶. Il concetto di atto sessuale viene analizzato, anche, alla luce delle scienze, soprattutto psicologiche, le quali delineano un significato particolarmente ampio dell'aggettivo "sessuale"⁵⁶⁷. Analogamente la sostiene la dottrina, ove si fa rientrare nel concetto ogni condotta che acquisisce un significato erotico nella dimensione oggettiva del rapporto autore/vittima⁵⁶⁸. Da un tale approccio si è giunti sino al venir meno del requisito del contatto fisico tra autore e vittima⁵⁶⁹, ove, pertanto, integrerebbe l'ipotesi di violenza

⁵⁶⁴ Antolisei, PS I, 177; Marini, *Delitti contro la persona*, 1996, 296; Pecoraro Albani, 29; Vessichelli, *Con l'aumento del minimo edittale a cinque anni ora più difficile la strada per il patteggiamento*, GD 1996, f. 9, 21

⁵⁶⁵ Cass. III, n. 29413.11.1999; Cass., 13.2.2003, CP 04, 888; Cass. III, n. 15464, 1.4.2004; Cass. III, 44246, 5.12.2005.

⁵⁶⁶ Cass. III, 10.10.2000, GP. 2001, II, 626.

⁵⁶⁷ Canale, *La normativa vigente in tema di delitti sessuali: aspetti medico-legali e prospettive medico-giuridiche*, in Canepa-Lagazzi, 59.

⁵⁶⁸ Amato, *Sussiste abuso anche se la vittima reagisce e l'approccio cede su una zona non erogena*, GD 1998, f. 25, 135.

⁵⁶⁹ *Contra* Borgogno, *Il delitto di violenza sessuale*, in Coppi, 105.

sessuale anche la mera induzione a compiere atti sessuali sulla stessa vittima ⁵⁷⁰; o l'atto esibizionista nei confronti di un minore connesso all'invito di toccarlo ⁵⁷¹; o ancora l'inserimento di una mano tra le gambe della vittima non consenziente ⁵⁷².

Quanto alla concezione più restrittiva ⁵⁷³, afferma la Cassazione che la condotta delineata deve assumere una connotazione oggettiva, senza che possano avere rilievo, nell'individuazione della condotta penalmente rilevante, “né il soggetto attivo del reato, né la potenziale suscettibilità erotica del soggetto passivo, ma piuttosto l'oggettiva natura sessuale dell'atto in sé considerato”, individuata “rifacendosi alle scienze medico psicologiche ed ancor più a quelle antropologico–sociologiche” ⁵⁷⁴. In tale prospettiva, per potere qualificare un atto come “sessuale”, si richiede necessariamente “il contatto fisico tra una parte qualsiasi del corpo di una persona con una zona genitale, anale od orale del partner”; mentre restano fuori dalla nozione minima di atto sessuale quelle condotte che, per quanto possano costituire espressioni di un impulso concupiscente o possano essere rivolte ad eccitare o a soddisfare la concupiscenza, siano però prive di quella oggettiva componente strettamente fisica (e non moralistica). Vengono così espunti dall'area psicologica dell'agente i suoi ulteriori moventi, quale il soddisfacimento dell'istinto sessuale, che non rientrano nella fattispecie tipica e che costituiscono in un certo modo il retaggio della disciplina previgente ⁵⁷⁵, ⁵⁷⁶. Pertanto, non rileverebbe l'abbassare i pantaloni della vittima non consenziente e baciarle la gamba ⁵⁷⁷, o il tentativo di baciare sulle labbra una dipendente, con il risultato di riuscire solo a baciarla

⁵⁷⁰ Cass. III, 16.4.1999, RP 1999, 967.

⁵⁷¹ Cass. III, 13.11.1997, CED 209391.

⁵⁷² Cass. III, 11.11.1996, CP 1997, 2092.

⁵⁷³ Balbi, *V. Violenza sessuale*, EG VII, 1999, 6; Cadoppi, sub art. 609-bis, in Cadoppi, 458; Damini, *Sulla nozione di atti sessuali ex art. 609-bis c.p., nuova legge, vecchia giurisprudenza?* IP 1998, 203; Palumbieri, *Introduzione e violenza sessuale*, in Cadoppi, Canestrari, Papa, III, 36.

⁵⁷⁴ Cass. III, n. 15464, 1.04.2004.

⁵⁷⁵ Cass. I, n. 843 del 25.11.1971.

⁵⁷⁶ Cass. III, n. 28815 del 9.05.2008.

⁵⁷⁷ Cass. III, 15.11.1996, GD 1997, n. 8, 76.

sulla guancia ⁵⁷⁸. Molteplici sono le motivazioni a sostegno di una tale concezione. In primo luogo, è evidente l'impatto del mutamento del bene giuridico alla base della nuova formulazione. Il venir meno dell'aspetto moraleggiante della norma rende irrilevanti tutte quelle condotte che prima, appunto, rientravano nel concetto di libidine e non sono lesive della libertà sessuale della vittima, come oggi intesa ⁵⁷⁹. Depone a favore anche la stessa locuzione "sessuale", la quale vanta un carattere "oggettivistico-scientifico", totalmente avulso da quello "soggettivistico-moralistico" della precedente ⁵⁸⁰. E ancora, interessanti le motivazioni di ordine costituzionale a favore di una interpretazione restrittiva: il venire meno della componente soggettiva legata al reo o alla vittima rende l'elemento più rispettoso del principio di precisione; di conseguenza la determinazione del disvalore guarderebbe alla sola idoneità oggettiva a ledere il bene giuridico in questione, così perfezionandosi il rispetto del canone di offensività ⁵⁸¹; e ancora, il venire in rilievo delle sole condotte oggettivamente più gravi soddisferebbe il principio di proporzionalità ⁵⁸².

Particolarmente diffusa in dottrina è l'opinione che ritiene non vi sia alcuna differenza tra le concezioni pregresse e quella ora vigente, la quale è da intendersi quale somma dei concetti di "congiunzione carnale" ed "atti di libidine" ⁵⁸³, così restando escluse tutte le ipotesi non previste da queste ultime ⁵⁸⁴.

Nei tentativi di fornire una chiave di lettura all'elemento normativo si staglia la posizione di Fiandaca, il quale ravvisa necessario un approccio per

⁵⁷⁸ Cass. III, 9.10.1997, FI 1998, II, 505.

⁵⁷⁹ Mantovani, 338.

⁵⁸⁰ Cadoppi, *Comm. all'art. 3*, in Cadoppi Commentario 2002, 59.

⁵⁸¹ Cadoppi, 49.

⁵⁸² Mantovani, 341; Cadoppi, 50.

⁵⁸³ Borgogno, 96; Del Corso, *Sub artt. 3 e 4 l. 15.02.1996, n. 66*, LP 1996, 3-4, 429; Nappi, *Commento alle nuove norme contro la violenza sessuale*, GG 1996, f, 3; Pisa, *Delitti contro la persona. Le nuove norme contro la violenza sessuale*, DPP 1996, 285; Romano B., *La tutela penale della sfera sessuale. Indagine alla luce delle recenti riforme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 2000, 61; Cass. III, 2.7.2004, RP 2005, 314.

⁵⁸⁴ Romano, 61.

così dire *integrato*. Egli sostiene debba cogliersi “la portata generale dell’atto facendosi carico di interpretare la valenza significativa dell’intero contesto situazionale in cui il contatto fisico si realizza e, quindi, la complessa dinamica intersoggettiva che si sviluppa nell’ambito di situazioni connotate da fattori coartanti ⁵⁸⁵”. Egli parte dalla constatazione che il nucleo forte del concetto di atto sessuale sia incardinato nella sola congiunzione carnale e che tutti i restanti atti assumano “maggiore o minore rilevanza sessuale sulla base di parametri valutativi ancorati a norme culturali storicamente e socialmente condizionanti ⁵⁸⁶”. Attraverso un tale approccio si evidenzerebbe l’aspetto oggettivo della condotta sessuale, intesa in senso restrittivo, così venendo meno le influenze soggettivizzanti e legate alla morale, che invece erano connesse alla precedente formulazione ⁵⁸⁷. Il combinarsi con la valutazione dell’intero contesto di azione e, dunque, anche la valorizzazione del rapporto agente-vittima, permette di evitare una identificazione delle condotte sulla base di parametri meramente anatomici ⁵⁸⁸. Ulteriore posizione è quella di Picotti, isolata e criticata per la contrarietà al principio di tassatività ⁵⁸⁹, il quale propone come criterio di identificazione della condotta sessuale il “tipo di rapporto illecito tra reo e vittima”. Il fatto in esame andrebbe, dunque, apprezzato in relazione alla dinamica interpersonale, avendo sempre come punto di riferimento la lesione al bene giuridico protetto dalla norma ⁵⁹⁰. Accanto alle prese di posizione di stampo prettamente nazionale, negli ultimi tempi, più voci in dottrina ⁵⁹¹ puntano lo sguardo oltre il confine alla ricerca di un qualche spunto di riflessione. In particolare si guardano con attenzione i criteri proposti dal

⁵⁸⁵ Fiandaca, *v. Violenza sessuale*, EDAGG, Vol. IV, 2000, 1158.

⁵⁸⁶ Fiandaca, 1156.

⁵⁸⁷ Fiandaca, 1157.

⁵⁸⁸ Fiandaca, *Relazione di sintesi*, in Cadoppi, *Violenza*, 243. È lo stesso autore, tuttavia, che rileva le debolezze della sua impostazione cosiddetta “contestuale”: esso appunto determina una incertezza applicativa, sebbene evidenziando come un “pluralismo ermeneutico” sia un dato inevitabile nella materia dei reati sessuali. Altresì scettico Cadoppi, *Comm. art. 3*, 77.

⁵⁸⁹ Vizzardi M., art. 609-bis, in Marinucci, Dolcini, TDP 2015, 156.

⁵⁹⁰ Picotti, *Profili generali di diritto penale sostanziale*, in Cadoppi, *Violenza*, 19 e ss.

⁵⁹¹ Vizzardi, 168.

legislatore, dalla dottrina e dalla giurisprudenza intorno al §184h. L'ottica dell'osservatore oggettivo, l'atto in quanto rappresentazione esterna del fatto, generale comprensione del fatto, tutti elementi che potrebbero servire da scialuppa di salvataggio per un diritto penale sessuale più determinato.

Dalla analisi delle pronunce della giurisprudenza più recente si può agevolmente rilevare una posizione maggioritaria in ordine alla tesi oggettiva. In alcune di esse la Corte pone l'accento sull'elemento della corporeità. Relativamente ad un'ipotesi *ex art. 609 bis c.p.*, emblema dei delitti sessuali, essa definisce "come atto sessuale, oltre ad ogni forma di congiunzione carnale, qualsiasi atto che, risolvendosi in un contatto corporeo tra soggetto attivo e soggetto passivo, ancorché fugace ed estemporaneo, e comunque coinvolgendo la corporeità sessuale di queste ultime, sia finalizzato e normalmente idoneo a porre in pericolo la libertà di autodeterminazione del soggetto passivo nella sua sfera sessuale"⁵⁹². Un atto sessuale è integrato, tuttavia, anche in assenza di contatto fisico tra soggetto attivo e soggetto passivo del reato, allorquando esso coinvolga oggettivamente la corporeità sessuale della persona offesa e sia finalizzato ed idoneo a compromettere il bene primario della libertà individuale, in modo tale da costringere o, anche solo, da indurre per esempio la vittima a compiere su sé stessa atti sessuali di autoerotismo⁵⁹³.

In altre pronunce si approfondisce ancora l'aspetto della corporeità, mettendo in luce quale zona del corpo sia ricompresa nella condotta. L'aggettivo sessuale, precisa, difatti, la giurisprudenza, attiene al sesso dal punto di vista anatomico, fisiologico o funzionale, "ma non limita la sua valenza ai puri aspetti genitali, potendo estendersi anche a tutte le altre zone ritenute erogene dalla scienza non solo medica, ma anche psicologica, antropologica e

⁵⁹² Cass. III, n. 33464/2006; Cass. III, n. 45950/2011; Cass. III, n. 41096/2011; Cass. III, n. 12506/2011; Cass. III, n. 21840/2011; Cass. III, n. 21336/2010; Cass. IV, n. 3447/2008; Cass. III, n. 35365/2007; Cass. III, n. 42871 del 26.9.2013.

⁵⁹³ Cass. III, n. 11958 del 22.12.2010; Cass. III n. 3591, 11.05.2016.

sociologica”⁵⁹⁴. Secondo la scienza infatti si intende per zona erogena l’area della pelle o delle mucose, la cui stimolazione produce sensazioni piacevoli ed eccitazione sessuale: le principali zone erogene sono alcune aree genitali (per la donna clitoride e orifizio vaginale; per l’uomo il glande), la zona perianale, i capezzoli e la mucosa orale, anche se queste non esauriscono le potenzialità erogene del corpo umano, che variano da individuo a individuo⁵⁹⁵. La suddetta inclusione nella nozione di atto sessuale deve, appunto, rifarsi alla loro idoneità a compromettere la libera determinazione della sessualità della persona e ad invadere la sfera sessuale⁵⁹⁶. Corporeità intesa, dunque, nel senso estensivo, essendo quasi priva di seguito la tesi riduzionista proposta da quel filone interpretativo che vede il termine “atto sessuale” quale più limitato rispetto al precedente “atti di libidine”.

L’atto sessuale ha necessità, per poter essere qualificato come tale, di essere idoneo a compromettere il bene giuridico in capo alla vittima. Non possono qualificarsi, pertanto, come “atti sessuali”, tutti quegli atti i quali, pur essendo espressivi di concupiscenza sessuale, siano però inidonei (come nel caso dell’esibizionismo, del feticismo, dell’autoerotismo praticato in presenza di altri costretti ad assistervi o del “voyeurismo”) ad intaccare la sfera della sessualità fisica della vittima, comportando essi soltanto offesa alla libertà morale di quest’ultima o (ricorrendone i presupposti) al sentimento pubblico del pudore⁵⁹⁷. Applicando il summenzionato requisito oggettivo della idoneità, si è esclusa la configurabilità della fattispecie di cui all’art. 609-bis in relazione al bacio delle scarpe calzate della persona concupita⁵⁹⁸. Tale condotta potrebbe eventualmente analizzarsi sotto l’ottica dell’ormai (in parte) depenalizzato “atti osceni”, ove l’assenza di un elemento corporale tra autore e osservatore gioca

⁵⁹⁴ Cass. III, n. 25112/2007; Cass. III, 11.1.2006; Cass. III, 1.12.2000; Cass. III, n. 7772/2000.

⁵⁹⁵ Cass. III, n. 28815 del 9.5.2008.

⁵⁹⁶ Cass. III, n. 28815 del 9.5.2008; Cass. III, n. 39718 del 17.6.2009; Cass. III, n. 39710 del 21.9.2011; Cass. III, n. 20754 del 17.4.2013;

⁵⁹⁷ Cass. III, n. 2941 del 3.11.1999.

⁵⁹⁸ Cass. III, n. 1040 del 6.2.1997.

un ruolo importante.

Ulteriori pronunce della giurisprudenza pongono l'accento sull'aspetto oggettivamente, secondo canoni scientifici e culturali, erotico dell'atto, idoneo cioè ad incarnare il piacere sessuale o a suscitare lo stimolo, a prescindere dal fatto che proprio questo sia lo scopo dell'agente. Sostiene la Cassazione, che secondo la scienza non solo medica, ma anche psicologica, antropologica e sociologica ed in base al comune sentire, i genitali, i glutei ed il seno oggettivamente esprimono, più di ogni altra parte del corpo ed in modo più naturale, diretto ed esplicito, la sessualità. Il loro volontario tocco esprime, con immediatezza, la natura "sessuale" del gesto, a prescindere dalle (irrilevanti) intenzioni dell'agente⁵⁹⁹. Si osserva che, ai fini della nozione di "atto sessuale" non si deve confondere la concreta idoneità dell'atto a procurare fino in fondo piacere sessuale, essendo sufficiente la sua attitudine a procurare tale piacere e che l'atto sia posto in essere a tale scopo⁶⁰⁰. Possono ricomprendersi altresì nel concetto anche quegli atti insidiosi e rapidi, e che riguardino zone erogene su persona non consenziente, come ad es. palpamenti, sfregamenti, baci⁶⁰¹ e tocamenti delle parti intime delle vittime, suscettibili di eccitare la concupiscenza sessuale anche in modo non completo e/o di breve durata⁶⁰².

Si rinvengono, inoltre, pronunce che applicano le tesi proposte dalla dottrina, per quanto riguarda soprattutto l'aspetto "contestuale" e "relazionale". La natura oggettivamente "sessuale" di un atto può, appunto, essere caratterizzata dal particolare contesto in cui si inserisce la condotta, dalla natura dei rapporti che intercorrono con il suo autore o dalla natura della prestazione (si pensi ai casi di assistenza alle persone non autosufficienti, agli atti medici, ai

⁵⁹⁹ Cass. III, n. 4402 del 10.4.2000.

⁶⁰⁰ Cass. III, n. 47980 del 20.09.2016.

⁶⁰¹ Cass. III n. 3591, 11.05.2016; Cass. III, n. 42871 del 26.9.2013; Cass. III, n. 549/2005.

⁶⁰² Cass. III, n.7772, 4.7.2000; Cass. III, 44246, 5.12.2005; Cass. III, n. 3447, 23.1.2008.

gesti d'affetto genitoriale), inevitabile dunque una valutazione caso per caso ⁶⁰³.

La Cassazione ritiene che abbiano rilevanza anche tutti quegli atti che, sebbene non direttamente indirizzati a zone chiaramente definibili come erogene, possono essere rivolti al soggetto passivo, anche con finalità del tutto diverse, come i baci o gli abbracci, benché tali non sia comunque possibile classificarli aprioristicamente ⁶⁰⁴. La condotta concreta deve costituire comunque oggetto di particolare accertamento, secondo una valutazione che tenga conto del contesto, dei rapporti intercorrenti fra le persone coinvolte e di ogni determinazione della sessualità del soggetto passivo ⁶⁰⁵. Partendo da tali casi-limite, deriva che per decifrare il significato di “atto sessuale” è necessario fare riferimento sia ad un criterio oggettivistico-anatomico (parti del corpo attinte) e sia ad un criterio oggettivistico-contestuale, che tenga conto cioè del “contesto di azione”, in maniera che dalle modalità della condotta nel suo complesso e da altri elementi significativi si accerti se vi sia stata o meno una indebita compromissione della libera determinazione della sfera sessuale altrui ⁶⁰⁶.

In linea con una autorevole posizione dottrinale, la tesi che vede la qualificazione come “sessuale” come appartenente all’elaborazione scientifica, ma anche all’espressione della cultura di una determinata comunità in un determinato momento storico, la quale può variare da regione a regione, da Paese a Paese, secondo i costumi e le usanze locali; il medesimo gesto può, dunque, non avere ovunque la stessa valenza sessuale, presso alcuni popoli potrebbe non averne affatto ⁶⁰⁷. Va perciò esclusa l’interpretazione secondo la quale la nozione di “atto sessuale” deve essere circoscritta ai soli tocamenti delle zone (immediatamente) erogene del corpo, con esclusione di tutte le altre,

⁶⁰³ Cass. III, n. 10248, 2.2.2014; Cass. III, n. 24683 del 17.02.2015; Cass. III, n. 37935 del 2.7.2004.

⁶⁰⁴ Cass. n. 7059/2012; Cass. n. 10248/14.

⁶⁰⁵ Cass. III, n. 10248 del 12.2.2014; Cass. III, n. 964, 26.11.2014.

⁶⁰⁶ Cass. III n. 3591, 11.05.2016.

⁶⁰⁷ Cass. III, n. 25112 del 2007.

ma vanno escluse anche improprie dilatazioni dell'ambito di operatività della fattispecie penale contrarie alle condizioni di sviluppo sociale e culturale nel quale l'atto si colloca ⁶⁰⁸. La natura "sessuale" dell'atto (che preesiste, come detto, alle intenzioni dell'agente, ma anche alla sensibilità della vittima) deve essere dunque valutata secondo il significato "sociale" della condotta, avuto riguardo all'oggetto dei toccamenti, ma anche, quando ciò non sia sufficiente, al contesto in cui l'azione si svolge, ai rapporti intercorrenti tra le persone coinvolte e ad ogni altro elemento eventualmente sintomatico di una indebita compromissione della libera determinazione della sessualità del soggetto passivo che sia oggettivamente e socialmente percepibile come tale ⁶⁰⁹.

Caratterizzante tutte le prese di posizione suesposte è che l'accertamento del fatto resti sul piano oggettivo e non attinga ai personali convincimenti dell'imputato o al movente dell'azione, che sono ritenuti comunemente estranei alla fattispecie incriminatrice ⁶¹⁰. Coerentemente alla natura del bene tutelato e alla centralità della persona offesa, unica titolare del diritto, nessun dolo specifico (al fine di), né alcun movente esclusivo (al solo scopo di) hanno il compito selettivo di tipizzare l'offesa. Qualsiasi valorizzazione di questi atteggiamenti interiori sposterebbe, difatti, il disvalore della condotta incriminata dalla persona che subisce la limitazione della libertà sessuale a chi la viola. L'atto, perciò, deve poter essere definito "sessuale" sul piano obiettivo, senza attingere alle intenzioni dell'agente. Se, perciò, il fine di concupiscenza non concorre a qualificare l'atto come sessuale, il fine ludico o di umiliazione della vittima non lo esclude ⁶¹¹. Dal punto di vista dell'elemento soggettivo, del dolo, è necessario e sufficiente che l'imputato sia consapevole della natura "sessuale" dell'atto posto in essere con la propria condotta cosciente e volontaria; tale natura preesiste alla volontà dell'agente, non è da questi creata,

⁶⁰⁸ Cass. III, n. 964 del 26.11.2014.

⁶⁰⁹ Cass. III, n. 47265 del 08.9.2016.

⁶¹⁰ Cass. III, n. 47980 del 20.9.2016.

⁶¹¹ Cass. III, n. 25112 del 13.2.2007; Cass. III, n. 35625 del 11.7.2007.

né conformata.

Le più recenti pronunce delineano una perfetta sintesi di detti principi, per atto sessuale si intende “ogni forma di congiunzione carnale, qualsiasi atto che, risolvendosi in un contatto corporeo, ancorché fugace ed estemporaneo, tra soggetto attivo e soggetto passivo, ovvero in un coinvolgimento della corporeità sessuale di quest’ultimo, sia idoneo e finalizzato a porre in pericolo la libera autodeterminazione della sfera sessuale. Pertanto la valutazione del giudice sulla sussistenza dell’elemento oggettivo non deve fare riferimento unicamente alle parti anatomiche aggredite ed al grado di intensità fisica del contatto instaurato, ma deve tenere conto dell’intero contesto in cui il contatto si è realizzato e della dinamica intersoggettiva, esaminando la vicenda con un approccio interpretativo di tipo sintetico: di conseguenza possono costituire un’indebita intrusione fisica nella sfera sessuale non solo i tocamenti delle zone genitali, ma anche quelli delle zone ritenute “erogene”, ossia in grado di stimolare l’istinto sessuale, dalla scienza medica, psicologica ed antropologico-sociologica”⁶¹². Il fondamento del significato della nozione si fonda sul “divieto assoluto di intromissione nella sfera intima, sessuale, della persona, che si traduce nella proibizione di qualsiasi intrusione corporale, senza consenso, essendo vietato, secondo la ratio dell’incriminazione, toccare il corpo altrui nelle zone genitali ed in quelle considerate “erogene” e quindi invadere, per qualsiasi ragione, la sfera intima della persona, anche attraverso il compimento di atti “a sorpresa”, in quanto ciò costituisce un “atto di violenza” a tutti gli effetti, risolvendosi in definitiva in una forma di imposizione e dunque in una costrizione”⁶¹³.

Accanto a questa breve analisi in termini generali delle posizioni diffuse in giurisprudenza, occorre soffermarsi su alcune ipotesi concrete di potenziale atto sessuale. Uno dei punti deboli della normativa sessuale italiana è la sua

⁶¹² Cass. III, n. 47961, 21.7.2016; Cass. III, n. 47961, 21.7.2016.; Cass. III n. 3591, 11.5.2016.

⁶¹³ Cass. III, n. 4913 del 22.10.2014; Cass. III n. 3591 del 11.5.2016.

struttura, tale che ricomprende in un unico concetto, “atto sessuale” appunto, l'intero panorama delle condotte lesive dell'autodeterminazione sessuale, dallo stupro al bacio rubato.

Il tema sicuramente più controverso è proprio quello del bacio, il quale può avere tanto natura sessuale, quanto affettiva o amichevole. La Corte ha ravvisato, dinnanzi all'ipotesi di un bacio con la lingua nei confronti di una minore, effettuato di sorpresa, un tipico atto sessuale. La pronuncia motiva facendo riferimento alla idoneità dell'atto concreto alla compromissione della libera determinazione della sessualità in capo alla vittima, tramite l'eccitazione o il soddisfacimento dell'istinto sessuale dell'agente. Essa ricomprende, inoltre, la bocca all'interno della categoria delle zone erogene, quale idonea a stimolare l'istinto sessuale, non essendo necessario che il contatto sussista tra due corpi in relazione alle mere zone genitali ⁶¹⁴. Analogamente si afferma la natura sessuale di un simile bacio dato ad una donna adulta, la condotta consiste però nell'aver afferrato con forza per le braccia e avere attirata a vittima sé ⁶¹⁵.

Ulteriore e particolarmente controversa tematica è il bacio limitato al semplice contatto delle labbra. Buona parte della giurisprudenza tende a riconoscere il connotato sessuale dell'atto, in quanto si fa riferimento ad una zona generalmente considerata erogena; la condotta perde il suo aspetto sessuale solo se è dato in particolari contesti sociali o culturali, quali ad esempio nella tradizione russa, dove assume il connotato di saluto, o in certi contesti familiari, dove è solo un segno di affetto. Nell'ipotesi in esame, tuttavia, si trattava di un bacio dato da un cinquantenne ad una tredicenne, sebbene la Corte ravvisi il medesimo orientamento anche nel bacio tra due adulti ⁶¹⁶. A fondamento della rilevanza penale si afferma che non può essere operata alcuna distinzione con riferimento all'intensità del bacio, tale da escludere la

⁶¹⁴ Cass. III, n. 23099, del 8.2.2017.

⁶¹⁵ Cass. III, n. 8651, 10.11.2015; Cass. III, n. 6651, 27.4.1998.

⁶¹⁶ Cass. III, n. 25112, 13.02.2007; Cass. III, n. 41536, 29.10.2009; Cass. III, n. 549, 11.01.2006.

natura sessuale per i baci caratterizzati soltanto dal contatto delle labbra e riservare la nozione di atto sessuale solo a quelli più penetranti. Entrambe le tipologie sono, appunto, idonee a ledere la libertà e integrità sessuale del soggetto passivo, concretandosi in un atto idoneo a invadere la sua sfera intima ed integrare, pertanto, uno degli elementi materiali del reato di violenza sessuale, tranne nel caso in cui si tratti di baci leggeri scambiati in contesti non erotici che ne escludano la connotazione sessuale ⁶¹⁷. In seno a tale presa di posizione è stato elaborato un interessante criterio di analisi, il quale ritiene che il criterio della riferibilità alle zone erogene vada integrato anche con la valutazione del contesto sociale e culturale in cui la condotta si è realizzata e ciò al fine di evitare eccessive dilatazioni della connotazione sessuale del comportamento, contrarie al senso comune ed al principio di determinatezza della fattispecie penale. Il giudice deve procedere all'esame della fattispecie concreta, dunque, attraverso una verifica globale della condotta posta in essere dal soggetto attivo, della sua incidenza sulla libertà sessuale della persona offesa, del contesto relazionale intercorrente tra i soggetti coinvolti e di ogni altro dato fattuale qualificante ⁶¹⁸.

Molteplici sono, inoltre, i casi trattati in giurisprudenza di semplice e fugace bacio sulla guancia. Una tesi, considerando sempre come parametro l'interferenza nella sfera sessuale della vittima, punta l'attenzione anche sul significato sociale del gesto. In virtù proprio di questi caratteri non può essere riconosciuta alcuna rilevanza, salvo *ex art. 610 c.p.* ⁶¹⁹. In tema di bacio sulla guancia, d'altronde, non dissimile neanche la più datata giurisprudenza, con riferimento alla antecedente formulazione di "atti di libidine", che ha ritenuto non costituire atto di libidine un bacio sul collo ed uno sulla guancia. Essa motiva affermando che il bacio può essere manifestazione erotica e solo in

⁶¹⁷ Cfr. Cass. III, n. 10248/2014; Cass. III, n. 25112/2007.

⁶¹⁸ Cass. III, n. 964, 26.11.2014.

⁶¹⁹ Cass. III, n. 18679, 19.11.2015.

questo caso può discutersi se costituisca atto di libidine: quando siffatta espressione amorosa, anche se sconveniente, non implica concupiscenza carnale; il bacio non può qualificarsi atto di libidine, in qualunque circostanza e per qualsiasi fine mediato esso venga dato, potrà semmai imputarsi a titolo di ingiuria, di violenza o di molestia, ma non come reato contro la moralità pubblica e il buon costume ⁶²⁰. Non mancano le posizioni opposte, sia in tema di rilevanza del bacio sulla guancia ⁶²¹, sia del bacio sul collo ⁶²². Sempre in tema di baci, è stata sottoposta all'attenzione dei giudici di legittimità l'ipotesi della perseguibilità del cosiddetto "succhiotto". La Cassazione lo definisce come "morso d'amore" (per la carica di passionalità e ardore che lo caratterizza) e consiste in un livido causato dalla suzione con le labbra di una parte dell'epidermide o da un bacio molto aggressivo che inizialmente lascia tracce di colore rossastro dovute alla rottura dei capillari e che si trasforma in colore viola o nero man mano che la lesione guarisce acquisendo la natura di una ecchimosi ⁶²³. Esso, dunque, non comporta un mero tocco delle labbra con una parte del corpo, ma esige un'attività prolungata sul corpo stesso che, proprio per la sua durata ed intensità, è espressione di carica erotica, così qualificandosi come atto sessuale⁶²⁴. Il "succhiotto", inoltre, come evidenzia la stessa giurisprudenza, ha la particolarità di rimanere impresso sotto forma di livido per qualche tempo, così che il soggetto che subisce l'atto, risulti "marchiato", quasi come se l'atto dimostrasse un segno di superiorità e di sottomissione della vittima.

La bocca, dunque, considerata unanimemente zona erogena, come tale è idonea a compiere un atto di natura sessuale, come ritiene la giurisprudenza in materia di bacio sulle labbra in generale, e al contempo è anche atta a subire un

⁶²⁰ Cass. III, n.11318, 22.11.1995 Delogu CED 202968; Cass. III, n. 6651, 5.06.1998.

⁶²¹ Cass. 15.11.2005.

⁶²² Cass. 26.1.2006.

⁶²³ Cass. III, n. 44063 del 25.6.2014.

⁶²⁴ Cass. III, n. 47265, 8.9.2016.

atto sessuale. La Corte ha, appunto, ritenuto configurato un atto sessuale nell'ipotesi in cui l'agente abbia introdotto nel cavo orale della vittima dello sperma, considerandolo come un coito orale dissimulato. Essa ha ritenuto rilevante la simulazione di un contatto fisico tra le parti del corpo in questione, ossia il pene e la bocca, riconoscendo valenza alla zona erogena del corpo attinta (la bocca) e al mezzo adoperato (introduzione dello sperma) e al suo carattere estremamente significativo e simbolico (sotto il profilo sessuale) del prodotto inoculato ⁶²⁵.

Meno problematica è la questione attinente ai palpeggiamenti o tocamenti in genere. Afferma l'opinione maggioritaria che nel concetto di "atto sessuale" devono essere inclusi i tocamenti, palpeggiamenti e sfregamenti sulle parti intime delle vittime, suscettibili di eccitare la concupiscenza sessuale anche in modo non completo e/o di breve durata, essendo irrilevante che il soggetto attivo consegua la soddisfazione erotica ⁶²⁶. Tali considerazioni non si limitano, tuttavia, alle sole zone genitali ⁶²⁷, ma comprendono pure quelle ritenute "erogene", ossia stimolanti l'istinto sessuale, dalla scienza medica, psicologica ed antropologico – sociologica ⁶²⁸, tra le quali si fa rientrare pacificamente anche il fondoschiena ⁶²⁹, o il seno ⁶³⁰, benché il palpeggiamento sia fugace e repentino ⁶³¹. La rilevanza penale dei palpeggiamenti e tocamenti, oltre che per la parte del corpo che rileva, si fonda sulla loro idoneità a costituire una indebita intrusione nella sfera sessuale della vittima ⁶³², benché assumano rilevanza anche quando sono compiuti al di sopra dei vestiti. Seguendo la tesi oggettiva, che non riconosce alcun valore all'intenzione ultima dell'agente, la giurisprudenza considera i palpeggiamenti

⁶²⁵ Cass. III, n. 28815, 9.5.2008.

⁶²⁶ Cass. III, n. 1225, 11.3.2016; Cass. III, n. 44246, 5.12.2005. Cass. III, n. 3447, 23.1.2008.

⁶²⁷ Cass. III, n. 55319, 25.10.2016.

⁶²⁸ Cass. III, n. 37395, 2.7.2004.

⁶²⁹ Cass. III, n. 15245, 2.2.2017; Cass. III, n. 1744, 20.09.2016; Cass. III, n. 242, 20.04.2015.

⁶³⁰ Cass. III, n. 5801, 4.11.2015.

⁶³¹ Cass. III, n. 5515, 14.01.2016; *contra* Cass. 24.11.2000.

⁶³² Cass. III, n. 37395, 2.07.2004.

rientranti nella categoria, anche allorché non sia perseguito alcun soddisfacimento erotico, bensì *iocī causa* ovvero con finalità di irrisione della vittima. Elemento preponderante è l'intrusione nella sfera sessuale della vittima, la quale determina che il fatto non possa assumere le vesti di un mero atto di violenza privata con finalità di irrisione ⁶³³.

In tema di contatto fisico in senso lato spesso si è posta l'attenzione sulla rilevanza penale dell'abbraccio. Vero è che esso generalmente si risolve in una condivisa manifestazione di affetto e confidenza, del tutto avulsa da connotazioni tipicamente sessuali. Tale condotta, ritiene la Cassazione, in determinate situazioni, può tuttavia dimostrarsi maggiormente invasiva rispetto al bacio, potendo coinvolgere l'intero corpo del soggetto passivo e comportare un contatto anche con zone indubbiamente erogene. Mancando la certezza delle finalità dell'atto, la stessa andrà tuttavia ricercata attraverso l'analisi di altri dati fattuali significativi ⁶³⁴. Evidente è l'ipotesi, per esempio, in cui un abbraccio sia accompagnato da tocamenti di parti del corpo della vittima ⁶³⁵. A fondamento della rilevanza vi è la constatazione che un atto sessuale ricomprende oltre ad ogni forma di congiunzione carnale, qualsiasi atto che, risolvendosi in un contatto corporeo, ancorché fugace ed estemporaneo, tra soggetto attivo e soggetto passivo, ovvero in un coinvolgimento della corporeità sessuale di quest'ultimo, sia idoneo e finalizzato a porne in pericolo la libera autodeterminazione della sfera sessuale ⁶³⁶.

3.c. Considerazioni comparatistiche.

La trattazione dei concetti di *Unzucht*-osceno, atti di congiunzione carnale e atti di libidine è stato il fondamento della analisi del successivo elemento normativo culturale degli "atti sessuali". Il suo ingresso nella normativa italiana,

⁶³³ Cass. III, n. 55319, 25.10.2016.

⁶³⁴ Cass. III, n. 964, 26.11.2014; Cass. III 10248/2014.

⁶³⁵ Cass. III, n. 47961, 21.07.2016.

⁶³⁶ Cass. III, n. 37395 del 2.7.2004.

avvenuto qualche decennio dopo rispetto la normativa tedesca, è espressione del riconoscimento di significato e valore positivo riferito alla sessualità nello sviluppo della persona e delle sue relazioni interpersonali e affettive⁶³⁷. La sua centralità nella fattispecie della violenza sessuale di cui all'art. 609-*bis* c.p. e la presenza in ulteriori ipotesi di reato a sfondo sessuale, nonché il livello notevole di stigmatizzazione conseguente ad una condanna in tema, non sono sostenuti da una sufficiente uniformità di criteri interpretativi, sia in dottrina che in giurisprudenza. L'inconveniente deriva dalla stessa scelta del legislatore di non fornire alcuna definizione del concetto né di indicare criteri interpretativi e, soprattutto con riguardo all'art. 609-*bis* c.p., nella ricomprensione nella medesima fattispecie di molteplici ipotesi di condotta di diversa intensità: dalle più lievi (ad es. l'abbraccio) alle più gravi (lo stupro)⁶³⁸.

Non meraviglia, pertanto, che le più recenti posizioni italiane guardino come modello al diritto penale tedesco. Il legislatore, difatti, non definisce il concetto ma indica quali criteri devono essere impiegati per potere qualificare una condotta come rilevante o meno. Elemento fondante è il bene giuridico protetto dalla norma, combinato con il criterio della rilevanza. L'interprete dovrà sondare la rilevanza della condotta secondo i criteri del suo aspetto esterno e della visione di un osservatore oggettivo. A ciò si unisce la scelta di ripartire le condotte a tutela dell'autodeterminazione sessuale in più fattispecie, a seconda non solo della vittima, ma anche del grado di lesività dell'atto sessuale subito. Il criterio della rilevanza è stato il vero punto di forza di tutto il sistema, benché ovviamente non possieda i caratteri della absolutezza, in quanto ha creato una perfetta sintesi tra l'evoluzione culturale del concreto disvalore di un fatto lesivo sessuale e la sua trasposizione nel sistema punitivo. Tale equilibrio, come abbiamo visto, è venuto meno con la scelta (obbligata?) del legislatore tedesco di perseguire anche le molestie sessuali (§184i StGB). La

⁶³⁷ Mereu, *sub art. 609-bis c.p.*, in Cocco, Ambrosetti, Tps I, 2014, 387.

⁶³⁸ Mereu, 393.

formulazione si esprime con *il molestare una persona attraverso il toccarla fisicamente, in maniera sessualmente determinata*, prevedendo al secondo comma anche la possibilità che possano sussistere delle ipotesi più gravi. Si abbandona, per ovvie ragioni, la formulazione “atti sessuali” e si decide di perseguire una condotta che, sino al novembre 2016, era considerata *irrilevante*. La stessa collocazione dopo il paragrafo di chiusura del 184h sulla definizione di *sexuelle Handlung* è significativa di una separazione rispetto al precedente sistema. Tralasciando l’aspetto interpretativo, merita attenzione la scelta in sé del legislatore di procedere nel senso di una repressione a tutto tondo. È un dato di fatto che la soglia della rilevanza è andata sempre più elevandosi, soprattutto in ordine a ipotesi *bagatellari*, quale effetto del mutare dei costumi verso una concezione sempre più *aperta* della sessualità. Il rapporto tra cambiamento culturale e tutela del bene giuridico in questione ha seguito un percorso lento e di assimilazione, che ha reso la normativa sufficientemente rispecchiante le esigenze del cittadino. Tale processo non può che subire un enorme sconquasso se nel giro pochi anni il quadro demografico e culturale cambia radicalmente. Ecco che, se non può cambiare repentinamente l’interpretazione del concetto di rilevanza, si può però intervenire inserendo una nuova norma che stravolge il sistema vigente. Si parla di stravolgimento, non per mera critica, bensì come constatazione dell’impatto che una tale scelta ha avuto sui cittadini. La norma nasce, difatti, al fine di evitare l’impunità di condotte come quelle note, avvenute nel Capodanno 2016 a Colonia, ma si scontra con le diffuse perplessità del cittadino tedesco, potenziale autore, circa l’effettiva offensività che essa incorpora alla luce della concezione media della sessualità. La cultura, gli usi e costumi, in un contesto come quello attuale, difficilmente possono essere qualificate come *comuni* o *medie*, e pertanto essere espressione della generalità dei consociati di una nazione. Non si tratta di diversità culturali, ma anche religiose, che se prima erano caratterizzanti una minoranza, ora tendono a veder crescere il loro numero, rendendo necessario un riequilibrio della

normativa penale a tutela della libertà e della autodeterminazione sessuale.

La tematica del perseguimento delle molestie sessuali ha un valore totalmente distinto nel diritto penale italiano. Esso si fonda sulla difficile determinazione dei limiti inferiori dell'incriminazione della fattispecie di violenza sessuale e la conseguente ricomprensione in una unica categoria di tipologie di condotta profondamente eterogenee, differenziate anche sotto il profilo del significato e valore culturale ⁶³⁹. Nella prospettiva italiana, si ritiene, appunto, sussistano condotte che si collocano ai margini inferiori del delitto di violenza sessuale, ma pur sempre sessualmente connotate ed in ogni caso percepite come meritevoli di pena nel contesto sociale attuale, quali toccamenti fugaci, i palpeggiamenti, gli abbracci, le carezze e i baci furtivi o repentini, ovvero dati in zone del corpo (guancia, gambe, braccia, etc.), tali da escludere che si tratti di atti sessuali in senso proprio ⁶⁴⁰. Benché considerate più lievi, e più frequenti, vengono spesso considerate dalla dottrina lesive della libertà sessuale e mal conciliabili con la fattispecie di violenza sessuale, in considerazione sia delle modalità di aggressione richieste, sia perché dotate di scarsa offensività in proporzione alla pena. È su queste basi che spesso si sostiene che avrebbero potuto essere ricomprese nella fattispecie delle molestie sessuali ⁶⁴¹, la cui previsione è rimasta, tuttavia, mero scritto nei Lavori preparatori.

Particolare attenzione, a riguardo, merita la tematica del bacio, che come abbiamo visto, nel panorama tedesco, assumeva diverso disvalore a seconda del soggetto a cui viene dato, bambini piuttosto che adulti, e a seconda della modalità e intensità, come nel caso del bacio con la lingua. Tali considerazioni potrebbero, tuttavia, ora mutare in ordine al *sostanziale venir meno* del requisito della rilevanza. L'ipotesi è perfettamente compatibile con il nuovo disposto del

⁶³⁹ Mereu, 392-393.

⁶⁴⁰ Tabarelli De Fatis, *Molestie sessuali e l. 66/96*, in Cadoppi, *Violenza sessuale*, 141 e ss.

⁶⁴¹ Mereu, 393.

§184i StGB, quale contatto fisico dai connotati sessuali atto a molestare il soggetto ricevente. La convivenza tra siffatta norma e il precedente sistema con a capo il §184h non sembra, tuttavia, poter essere pacifica.

§ 4. La rappresentazione del sesso: la pornografia.

4.a. Il concetto di Pornographie.

La nozione di pornografia è stata introdotta nel § 184 StGB con la IV StrRG del 1973⁶⁴². La precedente formulazione del § 184, difatti, conteneva la formulazione *Schriften mit unzüchtige Inhalten* (scritti con contenuto osceno) e prevedeva un generale divieto di produzione e distribuzione del materiale pornografico, in osservanza degli impegni assunti con la Convenzione di Ginevra del 12.9.1923 sulla lotta contro le pubblicazioni oscene⁶⁴³. Con la riforma del 1973 il §184 è stato integralmente riscritto distinguendo *einfache Pornographie* e *harte Pornographie*, per assoggettare a pena solo quest'ultima. Così come nella successiva riforma del 25.2.1985⁶⁴⁴, *focus* del legislatore è evitare che i minori abbiano accesso al materiale pornografico, regolamentando in maniera puntuale tutte le fasi di produzione e diffusione dello stesso, affinché non venga comunque limitata la libera fruizione da parte degli adulti. Il tenore attuale della normativa si deve, tuttavia, al combinarsi della Decisione Quadro europea del 22.12.2003⁶⁴⁵ sulla lotta contro lo sfruttamento dei minori e la pedopornografia, la quale ha avuto recezione il 31.10.2008⁶⁴⁶, e la riforma del 27.12.2003⁶⁴⁷, da cui è derivata una modifica radicale al sistema delineato dal §184 e seguenti. Il riformato XIII *Abschnitt*, accanto alla regolamentazione della diffusione della *einfache Pornographie* (pornografia semplice), nell'ottica di tutela

⁶⁴² BGBl. I S. 1725.

⁶⁴³ Hörnle, MüKo 2017, §184, Rn. 12.

⁶⁴⁴ BGBl. I S. 425.

⁶⁴⁵ ABl. 2003 L 13, 44.

⁶⁴⁶ BGBl. I S. 2149.

⁶⁴⁷ BGBl. I S. 3007.

del minore, delinea in maniera puntuale e precisa quattro categorie di materiale pornografico perseguibili: “*gewalt-, tier-, kinder- e jugendpornographische Schriften*”. L’attenzione, dunque, si concentra sul contenuto e oggetto della rappresentazione: pornografia violenta, animali, bambini o adolescenti. L’ultima riforma, del 21.1.2015, ha inoltre inciso sul § 184d, con riguardo alle nuove tecniche di accesso ai contenuti, non intervenendo sulla natura del materiale.

Il concetto di *Pornographie* è presente all’interno di varie previsioni, oltre al StGB, nel JMStV (*Jugendmedienschutz-Staatsvertrag*) e nel JuSchG (*Jugendschutzgesetz*), ma al contempo non è rinvenibile alcuna definizione normativa.

Originariamente il termine descriveva il modo di vivere e le usanze delle prostitute e dei loro clienti ⁶⁴⁸, mentre secondo l’uso comune si tratta della rappresentazione linguistica o figurata di atti sessuali, con riferimento alla zona genitale e con l’esclusione di aspetti della sessualità psichici o connessi al partner ⁶⁴⁹. La totale assenza di una qualche presa di posizione definitoria da parte del legislatore e la notevole indeterminatezza del concetto, al pari di tutti gli elementi normativi culturali presenti nel diritto penale sessuale, ha determinato un cospicuo rinvio interpretativo alla giurisprudenza e alla dottrina, così evidenziando anche qualche sospetto di indeterminatezza rilevante costituzionalmente ai sensi del § 103 II GG ⁶⁵⁰.

Al fine di delineare una approssimativa definizione, nel contesto normativo tedesco, occorre partire dal presupposto che il concetto di “pornografico” è distinto da quello di “sessuale”: la mera constatazione che una rappresentazione abbia come contenuto l’immagine di un nudo o un atto sessuale non fa sì che esso sia automaticamente qualificabile come

⁶⁴⁸ Beisel, *Kunstfreiheitsgarantie*, 182.

⁶⁴⁹ www.duden.de, sub: “*Pornographie*”.

⁶⁵⁰ BVerfG 24.9.2009 – 1 BvR 1231/04, 1 BvR 710/05, 1 BvR 1184/08, BeckRS 2009, 39823.

pornografico⁶⁵¹, a prescindere dal soggetto rappresentato, che sia un bambino o un adulto.

Il precedente concettuale di *Pornographie* è stato *unzüchtige Schrift*. Esso si rifaceva al carattere propriamente *unzüchtig* dello *scritto*, inteso come illustrazione o come rappresentazione, e dunque alla sua idoneità a ledere in maniera rozza il senso del pudore, la morale della gente normale⁶⁵². La sentenza chiave in materia fu la “*Fanny Hill*”, che per certi profili è ancora attuale⁶⁵³, la quale definì oscene quelle rappresentazioni le quali ritraevano pratiche sessuali in maniera insistente, rozza, volgare e disturbavano o ponevano in pericolo seriamente gli interessi della società. A fondamento della decisione, il *Bundesgerichtshof* affermò che non è compito del diritto penale imporre agli adulti, nel settore sessuale, un determinato standard morale, ma proteggere l'ordine sociale dinanzi a disturbi o rozze molestie. Il perseguimento di tali produzioni può essere oggetto del diritto penale solo se le pratiche sessuali vengano descritte in maniera volgare, senza ulteriori riferimenti a manifestazioni della vita. Per detta fondamentale pronuncia, dunque, *unzüchtigen Schriften* sono rappresentazioni volgari, distorte, rozze, insistenti e irrealistiche, a esaltazione della dissolutezza o della perversità o del modo di esprimersi volgare.

L'evolversi della materia, da *unzüchtig* a *pornographisch*, ha visto delinearsi, come opinione dominante, la nozione di pornografia come rappresentazione, la quale, con esclusione di ulteriori riferimenti a manifestazioni della vita, mette in primo piano, in maniera rozzamente importunante e volgare pratiche sessuali⁶⁵⁴ e mira come tendenza generale esclusivamente o prevalentemente alla stimolazione sessuale, cosicché travalica chiaramente i confini tracciati in

⁶⁵¹ Hörnle, 20.

⁶⁵² RGSt 4, 87 (89); RGSt 27, 114 (115); RGSt 32, 418 (419); BGHSt 3, 295; BGHSt 5, 346 (347).

⁶⁵³ BGH 23, 40.

⁶⁵⁴ BGHSt. 23, p. 44; KG, NStZ 2009, p. 15.

armonia con le generali rappresentazioni dei valori sociali ⁶⁵⁵. Si attribuisce inoltre rilievo a ulteriori circostanze ove assume rilievo fondamentale l'aspetto contenutistico del prodotto, nel senso che attraverso la rozza rappresentazione delle pratiche sessuali, venendo meno gli interessi emozionali e individualizzati, si rende la persona mero oggetto sostituibile di interessi o di attività sessuali ⁶⁵⁶, ridotta a mero *Reiz-Reaktion-Wesen* fisiologico, una vera e propria disumanizzazione della sessualità ⁶⁵⁷.

Si possono così estrapolare alcuni elementi determinanti ai fini della definizione: in primo luogo il fine che il materiale pornografico persegue, ossia la stimolazione di un impulso sessuale in capo all'osservatore ⁶⁵⁸, stimolazione da intendersi nel senso di originare, incrementare, prolungare, soddisfare, estinguere l'impulso.

L'eccitazione sessuale a cui esso mira va valutata in relazione a un osservatore medio, obiettivo, così venendo meno tutte quelle considerazioni soggettive del produttore del materiale, del protagonista della rappresentazione o del fruitore specifico.

La giurisprudenza, nella delineazione di una definizione apprezzabile, richiama, quasi inevitabilmente, un particolare parametro, la *gesellschaftliche allgemeine Wertvorstellung*, ossia l'insieme dei valori generali sociali, in tema di decoro sessuale. *Leitmotiv* in tutti gli elementi normativi presenti nei *sexuellen Delikten*, le *Wertvorstellungen* rappresentano, soprattutto nel loro contenuto, uno dei punti di maggiore criticità della norma. I sospetti di incostituzionalità in punto di indeterminatezza del disposto fondano le loro radici proprio nel più o meno rapido mutamento che essi subiscono, in relazione, non solo al trascorrere del tempo, ma anche, spesso, in relazione al contesto socio-culturale

⁶⁵⁵ BGH 37 55-60; BVerfGE 116 18; Bay 74 181; KG Berlin NStZ 09, 15; BGH I 11.2.2014, 485/13; BGHSt 59, 177-183; Hörnle, 22.

⁶⁵⁶ BGH I 21.06.1990,477/89, BGH 37, 55, 59; BGH III 22.06.2010, 177/10, NStZ 2011, 455.

⁶⁵⁷ Karlsruhe NJW 74, 2015; *contra* Hörnle, 22.

⁶⁵⁸ Hörnle, 20; BT-Drs. VI/3521, 60; BGHSt I 11.2.2014, 485/13, NJW 2014, 1829; BverfG 20.2.2002 – 6 C 13.01, NJW 2002, 2966 (2969).

in cui si sviluppano. Ciò che oggi può essere considerato pornografico, secondo i valori di una data cerchia di soggetti, può non esserlo più nel giro di pochi anni ⁶⁵⁹, ma, soprattutto, è estremamente arduo definire, da un punto di vista culturale, ciò che è oggettivamente pornografico per la generalità dei consociati. Esso varia a seconda dell'appartenenza ad un ceto sociale piuttosto che ad un altro, alla educazione e formazione, alle opinioni individuali o influenze socio-culturali ⁶⁶⁰. Tale circostanza assume un carattere ancora più incisivo dinnanzi al fenomeno migratorio, che ormai caratterizza il nostro continente da numerosi anni e che ha determinato un completo riassetto del dato demografico, in termini non solo numerici, ma anche culturali e religiosi. Sono, pertanto, completamente mutati i dati idonei a definire quale possa essere una *Wertvorstellung* in una determinata nazione. Inevitabili, dunque, le prese di posizione contrarie all'utilizzo di siffatto criterio, il quale viene considerato decisamente troppo inaffidabile per poter fondare delle decisioni di tipo penale ⁶⁶¹. Mentre altre voci, al contrario, ne riconoscono e ammettono la funzione definitoria del concetto di *Pornographie*, ma escludono la sua capacità di definirlo positivamente ⁶⁶².

Gli interventi internazionali e comunitari, che spesso fungono da *input* per la regolamentazione delle condotte a tutela dei minori in materia sessuale, hanno visto spesso, nei procedimenti di attuazione, un certo scetticismo rispetto al mantenere in vita il concetto di *pornographisch* ⁶⁶³. La riforma della normativa in esame, benché mantenga il riferimento al concetto, come categoria generale, punta l'attenzione al contenuto dell'atto e soprattutto all'oggetto rappresentato.

La dottrina, evidentemente critica dinnanzi ai criteri delineati negli anni

⁶⁵⁹ Eisele, S/S StGB 2014, §184, 8.

⁶⁶⁰ Fischer, 7a.

⁶⁶¹ Fischer, 7a; OLG Karlsruhe 16.5.1974 – 1 Ss 75/74, NJW 1974, 2015-2016.

⁶⁶² Hörnle, 21.

⁶⁶³ BT-Dr 16/9646, p. 10, 14.

dalla giurisprudenza, ha tentato un approccio all'elemento normativo attraverso il criterio teleologico, ossia facendo riferimento al concreto oggetto di tutela della norma. La sua individuazione, tuttavia, spazia dalla tutela nei confronti di un confronto indesiderato con il materiale pornografico, alla protezione dello sviluppo psico-fisico del minore rispetto alla fruizione di un tale prodotto, il quale potrebbe influenzare il modo di percepire la sessualità. Il riferimento al bene giuridico determina, evidentemente, che la portata dell'elemento normativo muti a seconda della norma in cui è collocato e dunque è inefficace ai fini della determinazione di un criterio standard ⁶⁶⁴.

Tra le opinioni più significative vi è quella di *Schumann*, il quale reputa pornografico ciò che si discosta dalla dignità umana delineata dalla *Grundgesetz*, e dunque l'immagine non equilibrata e priva di consenso del "partner", vale a dire rappresentazioni di abusi, circonvenzioni o sfruttamento di rapporti di dipendenza ⁶⁶⁵. *Wolters*, invece, si ricollega a quella opinione, diffusa soprattutto in giurisprudenza, in cui il protagonista della rappresentazione assume un mero ruolo di oggetto della sessualità umana, degradato dunque a strumento del piacere; accanto a questo elemento essenziale, gioca un ruolo importante il tema oggetto di rappresentazione, ossia che riguardi una delle condotte descritte dai §§ 176 e seguenti del StGB, ad esempio una ipotesi di *sexuelle Nötigung* ⁶⁶⁶. *Fischer*, per contro, rigetta totalmente il riferimento al contenuto del prodotto e evidenzia l'importanza delle *kommunicative Verständigung über die sozialen Handlungs-Möglichkeit*, nel limite tra biologia, cultura, violenza, sicurezza, forza e senso sociale ⁶⁶⁷. Egli reputa evidente, in relazione alle *allgemeine Wertvorstellungen*, che la constatazione delle opinioni generali non è una questione di media morale empirica, bensì si muove lungo le *strutture di potere della società*: ciò che sostiene una determinata minoranza culturale o religiosa, in

⁶⁶⁴ Cfr. Fischer, 7b.

⁶⁶⁵ H. *Schumann* FS Lenckner, 1998, 565 (576 ff.).

⁶⁶⁶ *Wolters*, SK-StGB, §184b, 3a.

⁶⁶⁷ Fischer, 7a.

relazione ai propri tabù pornografici, ha minore considerazione rispetto alla opinione diffusa in una nazione (e cita l'esempio della comunità islamica nel contesto tedesco). Considera la pornografia come spersonalizzazione delle modalità di condotta sessuale, la quale separa l'attività sessuale da ogni riferimento al senso personale e sociale ed esprime una mera relazione soggetto-oggetto. Una delimitazione pertanto complicata, in quanto tale punto di vista *vormoralisch* è parte integrante della sessualità umana e della cultura quotidiana ⁶⁶⁸.

Nonostante i tentativi di definizione forniti da dottrina e giurisprudenza, delineare cosa sia *pornographisch* rimane ancora particolarmente controverso. Si pensi, inoltre, a tutta la problematica relativa al rapporto tra § 184 e seguenti e la libertà artistica di cui alla *Grundgesetz*.

Fornire una soddisfacente risposta al quesito è essenziale al fine di stabilire cosa è sanzionabile penalmente ai sensi del § 184 StGB, che appunto disciplina la *Verbreitung pornographischer Schriften*.

§4b. La pedopornografia nel codice tedesco. - La medesima formulazione, nonostante le numerose riforme del titolo, è confermata anche nella disciplina a tutela del minore come oggetto della rappresentazione, nonostante il legislatore abbia fornito validi criteri al fine di identificarne il contenuto.

Il complesso delle norme sulla pedopornografia, appunto, parte dal concetto di *pornographische Schrift*. La BGH definisce uno *scritto* come una esternazione di pensiero materialmente rappresentata, attraverso lettere, immagini o simboli, le quali possono essere percepite con i sensi ⁶⁶⁹. Ai fini della delimitazione del significato, tuttavia, il § 184 StGB rinvia direttamente al §11 comma 3 StGB, laddove “... *stehen Ton- und Bildträger, Datenspeicher,*

⁶⁶⁸ Fischer, 7b.

⁶⁶⁹ BGH 13, 375.

Abbildungen und andere Darstellungen in denjenigen Vorschriften gleich, die auf diesen Absatz verweisen”, così operando una equiparazione tra gli scritti in senso stretto e vari tipi di supporto dati. Si considerano, dunque, i supporti audio e video, le varie forme di memorizzazione dati (pennine USB, CD, DVD, Hard-disk esterni, videocassette, audiocassette, etc.), le illustrazioni (disegni o foto) e le “ulteriori rappresentazioni”, quale formula di chiusura a salvaguardia delle esigenze di costante aggiornamento che l’evoluzione della tecnologia necessita. Quest’ultima, quale *Oberbegriff*, è da intendersi, secondo l’opinione maggioritaria, come quel prodotto fisico, di nota durata, il quale è percepibile con i sensi ed esprime una idea o un pensiero ⁶⁷⁰.

Rimarrebbero escluse le ipotesi di esibizioni dal vivo ⁶⁷¹, il *live-streaming* in tempo reale, i sistemi di telefonia via internet (VoIP) ⁶⁷², e comunque tutti quei contenuti non espressi attraverso un supporto dotato di materialità. Proprio tale ultimo requisito inficia l’applicabilità della normativa sulla pornografia in relazione a quei supporti dati di ultima generazione che si poggiano su un *Cloud*, su cui ha tentato di intervenire la recente riforma del 2015 attraverso il nuovo disposto del § 184d.

Il § 184a rappresenta, insieme al § 184b e c, il complesso di norme che regolano la cosiddetta *harte Pornographie*. Il particolare contenuto che le caratterizza e il distinto bene giuridico alla base, difatti, ha spinto il legislatore a dedicare a ciascuna di esse una disposizione autonoma. Il § 184a disciplina il materiale avente un oggetto *gewaltpornographische* o *tierpornographische*, ossia condotte violente sessuali o di zoofilia. Requisito imprescindibile è che lo *Schrift* abbia un carattere pornografico, così come previsto dai criteri generali di cui al § 184 StGb e seguenti ⁶⁷³; venendo meno il presupposto allorquando l’atto in questione non avvenga in un contesto sessuale, che sussiste invece, ad esempio,

⁶⁷⁰ BT-Drs. 13/7385, p. 36; Eisele, 7; Fischer, StGb 2016, § 11 Rn. 34.

⁶⁷¹ Eisele, S/S StGB 2014, §184, Rn. 7; Hörnle, 17.

⁶⁷² BT-Drs. 13/7385, p. 36; Eisele, 7.

⁶⁷³ Eisele, 2; Schumann, FS Lenckner, 580.

quando scene d'azione con attività violente siano connesse alla rappresentazione di *einfacher Pornographie*⁶⁷⁴. La complessa delimitazione andrà eseguita secondo il significato della rappresentazione⁶⁷⁵.

Nella prima ipotesi esse devono avere ad oggetto attività violente, da intendersi quali atti sessuali, la cui esecuzione è connessa a violenza contro una persona. Vengono, pertanto, ricomprese nella norma, la rappresentazione di delitti di natura violenta, quali per esempio stupri, *sexuelle Nötigung* con l'uso di notevole violenza, omicidi a sfondo sessuale⁶⁷⁶, lesioni dell'integrità fisica, etc.⁶⁷⁷. Per *Gewalttätigkeiten* si intende, con riferimento al § 131 StGB, generalmente, un agire attivo e aggressivo, in cui attraverso l'uso della forza si viene ad influire, direttamente o indirettamente, sul corpo di una persona, ledendo o ponendo in pericolo la sua incolumità fisica o psichica⁶⁷⁸. Il rinvio al contenuto del § 131, tuttavia, non è integrale, in quanto, in relazione alla norma in esame non assumono un ruolo i criteri da essa posti circa la rilevanza della violenza. Non si ritiene integrare la norma, tuttavia, una mera costrizione che si concretizzi in una minaccia di una futura violenza⁶⁷⁹. La violenza deve avere ad oggetto una persona, con ciò escludendo dal campo di applicazione della norma, per esempio, gli *umanoïdi* (si pensi alle bambole gonfiabili⁶⁸⁰, o agli zombie⁶⁸¹). Non si considera necessario che la persona vittima della condotta violenta sia necessariamente un terzo, ben potendo il soggetto agire contro la propria persona⁶⁸². Appare discutibile la ricomprensione delle rappresentazioni di pratiche necrofile, dove la vittima oggetto di atti sessuali, violenti, sia un

⁶⁷⁴ Fischer, 4.

⁶⁷⁵ Fischer, 3.

⁶⁷⁶ BGH 50, 91.

⁶⁷⁷ Wolters, SK StGB 2014, §184a, 3; Fischer, 5.

⁶⁷⁸ Eisele, §184a, 3; BGH 80, 66.

⁶⁷⁹ BGH 80, 66.

⁶⁸⁰ Laufhütte-Roggenbuck, §184a, 4.

⁶⁸¹ BVerG 87, 209.

⁶⁸² Fischer, 4.

cadavere ⁶⁸³.

Elemento essenziale è la violenza della condotta, che rileva anche quando sia subita da un soggetto consenziente, si pensi ad una condotta sadica o sadomasochistica ⁶⁸⁴.

La valutazione circa la violenza del contenuto dipende dalla impressione generale in capo ad un osservatore obiettivo ⁶⁸⁵. Irrilevante è, inoltre, se la rappresentazione sia reale o fittizia ⁶⁸⁶, anche quando la rappresentazione di attività sessuali violente sia riconoscibile come scena di un film e la recitazione sia mediocre ⁶⁸⁷.

La condotta violenta deve assumere un carattere sessuale, ossia essere in relazione con delle *sexuelle Handlungen*. Laddove manchi l'atto sessuale si configura il delitto di cui al § 131 StGB, il quale persegue delle mere *Gewaltdarstellungen*.

Al secondo comma il legislatore persegue la cosiddetta *Sodomiepornographie*, quale quella che ha ad oggetto gli animali, anche se deceduti ⁶⁸⁸. Con l'espressione "*sexuelle Handlungen von Menschen mit Tieren*" si ritiene che debba sussistere un contatto corporale ⁶⁸⁹ e che le azioni del soggetto o la condotta dell'animale debbano presentare una somiglianza con una attività della sessualità umana, pur senza essere somiglianti ad un rapporto sessuale. Non sono, tuttavia, sufficienti ad integrare la fattispecie le condotte umane che fanno soltanto riferimento alle condotte riproduttive degli animali ⁶⁹⁰. Al

⁶⁸³ A riguardo, la BGH, chiamata a pronunciarsi su un caso di *Kriegsverbrechen gegen Personen* in relazione alle *entwürdigende und erniedrigende Handlungen* (§8 VStGB), ha ritenuto configurabile la condotta anche nei confronti dei cadaveri, BGH, 8.9.2016, 27/16, NJW 2016, 3604.

⁶⁸⁴ Wolters, 3; BGH NSTZ 00, 309; *contra* Fischer, StGB 2016, §184a, 6, il quale poggia le sue perplessità sull'opinione dominante in relazione dello scopo ultimo della norma, ossia il pericolo di imitazione di tali condotte e sulla ormai diffusione delle rappresentazioni sadomasochistiche consenzienti nella cultura quotidiana.

⁶⁸⁵ Köln, NJW 81, 1458.

⁶⁸⁶ BGH NSTZ 00, 309.

⁶⁸⁷ Köln, NJW 81, 1458.

⁶⁸⁸ Fischer, 8; Eisele, 4; Laufhütte-Roggenbuck, 5.

⁶⁸⁹ Fischer, 8.

⁶⁹⁰ Fischer, 8.

contempo, irrilevante è che il fatto rappresentato sia reale o fittizio ⁶⁹¹.

Notevoli sono le perplessità che solleva una tale norma, in considerazione anche del fatto che non sussiste alcuna previsione che sanzioni chi commette effettivi atti sessuali con un animale ⁶⁹², pertanto ci si chiede quale bene giuridico sia effettivamente leso o posto in pericolo da una detta rappresentazione. Secondo le considerazioni maggioritarie è protetto lo sviluppo psico-fisico del minore dai danni che il consumo di materiale pornografico di natura violenta o animale potrebbe causare o, ancora, si vuole evitare che lo spettatore imiti le condotte ivi rappresentate. Ma vi sono anche opinioni che vedono in tali norme solo il perseguimento di condotte immorali ⁶⁹³.

Il vero punto di forza della legislazione penale sessuale tedesca è l'aver dedicato alla pedopornografia due distinti e precisi *paragrafi*: l'uno che disciplina gli scritti aventi ad oggetto i *Kinder* (§ 184b StGB), l'altro gli scritti aventi ad oggetto gli *Jugendlichen* (§ 184c StGB).

Ai sensi del § 184b, comma 1, lettera a) si intende per *kinderpornographische Schrift* uno scritto che ha ad oggetto atti sessuali compiuti da, su o davanti a una persona che ha meno di quattordici anni, ossia un *Kind*, un bambino. La definizione della età è significativa, in quanto tale requisito deve sussistere al momento della produzione del materiale pornografico ⁶⁹⁴ o della commissione dell'atto sessuale ⁶⁹⁵, e lo deve essere oggettivamente ⁶⁹⁶. Ciò determina che sia irrilevante che il minore non appaia infraquattordicenne in quanto, diversamente, attraverso criteri "mimetici", essa potrebbe essere elusa ⁶⁹⁷. Mentre non vale il contrario, si è ritenuta infatti perseguibile ex § 184b la

⁶⁹¹ Eisele, 4.

⁶⁹² Fischer, 8; Wolters, 4.

⁶⁹³ Laubenthal, Rn. 1055.

⁶⁹⁴ Hörnle, MüKo 2017, §184b, Rn. 11; Fischer, StGB 2016, §184b, Rn. 7; BayVGH 2.2.2009, – 7 Cs 08.2310, MMR 2009, 351, 352; Mitsch ZStW 124 (2012), 323, 325.

⁶⁹⁵ Fischer, 7.

⁶⁹⁶ Eisele, S/S 2014, §184b, Rn. 3b.

⁶⁹⁷ BGH 47, 61; Eisele, 3b; Hörnle, 12.

rappresentazione di un soggetto ultraquattordicenne che, per il suo *Erscheinungsbild*, appariva un *Kind* ⁶⁹⁸. La determinabilità dell'età diventa particolarmente problematica allorché ci si trovi dinnanzi ad una cosiddetta *fiktionale Darstellung*, il legislatore difatti ha scelto di rendere punibile anche le rappresentazioni *realistische* di atti sessuali con, su o davanti a minori. A riguardo la dottrina ritiene necessario che il dato sia ricavabile da informazioni esplicite o concludenti, in mancanza il soggetto non potrà essere considerato un *Kind* ⁶⁹⁹. La valutazione sull'età del soggetto rappresentato, nelle rappresentazioni sia realistiche che vere ⁷⁰⁰, va eseguita attraverso il parametro di un osservatore obiettivo e coscienzioso ⁷⁰¹, avuto riguardo anche, in casi ambigui, al contesto in cui l'azione svolge.

Il *kinderpornographische Schrift* deve rispecchiare i requisiti suesposti in relazione ad uno *Schrift* e al carattere *pornographisch*. Quanto a quest'ultimo aspetto, parte della dottrina ritiene non necessario che il materiale rispetti i particolari requisiti dell'elemento normativo *pornographisch* di cui al §184, bensì sia, secondo l'ottica del legislatore, determinato dalla semplice associazione tra un "atto sessuale" e la minore età del soggetto ⁷⁰². Ai sensi della norma la rappresentazione deve avere ad oggetto un atto sessuale commesso da un bambino, da intendersi anche nel senso che lo commette con il suo corpo ⁷⁰³, o su sé stesso o su un altro bambino ⁷⁰⁴. La *sexuelle Handlung* descritta deve rispettare i requisiti delineati nel § 184g e, dunque, essere una condotta connotata sessualmente, a seguito di una valutazione circa il suo aspetto esterno (*Erscheinungsbild*).

⁶⁹⁸ BayVGH 2.2.2009– 7 Cs 08.2310, MMR 2009, 351-353; 23.3.2011 – 7 BV 09. ZS17.

⁶⁹⁹ Mitsch, 325; Eisele, 3b; Hörnle, 11; BGH I 27.6.2001, 66/01; BGHSt 47, 55-62.

⁷⁰⁰ Ziegler, 6; BGHSt 47, 55, 62, NJW 2001, 3358, Rn. 5.

⁷⁰¹ BVerfG II BvR 6.12.2008, 2369/08 – 2387/08, MMR 2009, 178; BGH I 27.6.2001, 66/01; BGHSt 47, 55-62; Wolters, 3; Hörnle, 13; Eisele, 3b.

⁷⁰² Fischer, 4.

⁷⁰³ Cfr. BGH 43, 366 in relazione al § 176, co. 4, n.2.

⁷⁰⁴ Fischer, 5, evidenzia l'autore che con riferimento ad una ipotesi *ex* §176 co. 4 n. 2 non è necessario venga rappresentata anche la condotta di determinazione (*bestimmen*) a commettere l'atto sessuale.

La rappresentazione deve mirare esclusivamente o prevalentemente all'eccitamento sessuale. Esulano pertanto dalla fattispecie quegli scritti i quali descrivono delle condotte sessuali di o con minori, senza che tuttavia siano orientati all'eccitazione sessuale, come per esempio una discussione circa la sessualità infantile in un romanzo, in un film, o in una pubblicazione scientifica⁷⁰⁵, o il racconto di un *Kindesmissbrauch* in un romanzo⁷⁰⁶.

Ai fini della integrazione del § 184b è sufficiente una sola condotta sessuale infantile rappresentata, anche se contenuta in una generale rappresentazione di *einfachen Pornographie*⁷⁰⁷; non è comunque ritenuto necessario che l'atto sessuale sia il tema dominante⁷⁰⁸.

Con la 49^a riforma del gennaio 2015, il legislatore amplia l'ambito di applicazione della norma, estendendo e specificando il contenuto di un *kinderpornographische Schrift*. Alla lettera b), difatti, descrive la rilevanza penale del *Posing*, ossia della rappresentazione di un bambino nudo totalmente o in parte, in una *unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung*, dunque fuori dal contesto di un vero e proprio atto sessuale. In realtà, già prima dell'espreso riconoscimento della sua rilevanza, il *posing* veniva considerato incluso nel dettato previgente, configurandosi come un "atto sessuale commesso da un bambino"⁷⁰⁹. L'intervento legislativo in esame concerne quelle ipotesi particolarmente controverse ove si rinvenga del materiale, per esempio fotografico, in cui viene rappresentato il corpo di un minore anche in parte nudo. Posizione maggioritaria in giurisprudenza è che il mero nudo, fine a sé stesso, di un minore non rilevi penalmente, salvo non si ravvisi una posa del soggetto tale da essere configurata come connotata sessualmente⁷¹⁰. Più precisamente, si ritiene

⁷⁰⁵ Hörnle, 15; *Schroeder* GA 2009, 215.

⁷⁰⁶ Fischer, 4.

⁷⁰⁷ Fischer, 4.

⁷⁰⁸ Fischer, 4.

⁷⁰⁹ Hörnle, 18; LG Freiburg 7.03.2013 – 3 KLS 160 Js 4771/10 AK 12/11, BeckRS 2014, 15836.

⁷¹⁰ BGH II 21.11.2013, 459/13.

che esso debba mostrare con evidenza un atteggiamento di offerta ammiccante e inadeguato per l'età del soggetto rappresentato: si pensi al mostrare, una parte del corpo in maniera provocante ⁷¹¹. Il bambino oggetto della rappresentazione deve essere in parte o totalmente nudo, laddove invece sia integralmente vestito non ha rilevanza penale.

Particolarmente criticato come eccessivamente vago è il riferimento alla parziale nudità ⁷¹². In ausilio, la dottrina opina sia necessario utilizzare il parametro *pornographisch* sempre come correttivo, considerando rilevanti, comunque, quelle produzioni ove dalla parziale nudità si scorga un organo sessuale o il sedere ⁷¹³. In questa prospettiva va considerato se vengano indossati abiti dalle caratteristiche stimolanti sessualmente o se vengono utilizzati dei particolari accessori. Aspetto chiave è la posa tenuta dal soggetto, la quale deve rimandare alla sessualità ed essere *unnatürlich*, cioè artificiosa. Il *focus* del legislatore sul mero *posing* nasce dalla necessità di intervenire su quella tipologia di attività ove vengono utilizzati dei minori come modelli, magari ritratti in intimo o comunque biancheria sexy provocante, imitando le modelle adulte, e dunque facendo assumere loro delle pose inconsuete per un bambino ⁷¹⁴.

Nell'ulteriore casistica, si fa riferimento all'ipotesi in cui venga ritratto un minore nudo, o quasi, che dorme, o che si trovi alle terme, o in piscina, ove la posizione che assume sia neutra, estranea a quella descritta dalla norma, in tali ipotesi il §184a non trova applicazione ⁷¹⁵; diverso è se esso, in tali contesti, pur involontariamente (*unwillkürlich*) assuma delle pose che rimandino alla sessualità ⁷¹⁶. Ad ogni modo, si sostiene che a nulla rileva, nella qualificazione del

⁷¹¹ Fischer, 6.

⁷¹² Fischer, 6.

⁷¹³ Eisele-Franosch, *Posing und der Begriff der Kinderpornografie in § 184b StGB nach dem 49. Strafrechtsänderungsgesetz*, ZIS 8/2016, p. 521.

⁷¹⁴ Eisele-Franosch, 521.

⁷¹⁵ BGH IV 3.12.2014 – 342/14, BeckRS 2015, 00388; Eisele, 3a.

⁷¹⁶ Eisele-Franosch, 521; Fischer, 6.

prodotto, lo scopo per il quale il materiale illustrativo viene utilizzato ⁷¹⁷. La particolare complessità del procedimento valutativo permette, in casi di confine, ove soprattutto vi sia un nudo, di poter procedere alla incriminazione del materiale ai sensi del § 201a Abs. 3, ossia riguardo la *Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen* ⁷¹⁸.

L'ipotesi di cui alla lettera c), invece, disciplina la perseguibilità delle rappresentazioni aventi ad oggetto i genitali o il sedere nudi, le quali devono presentare un carattere sessualmente provocante. Anche in questo caso viene meno l'elemento dell'atto sessuale, sebbene ad esso l'immagine rappresentata deve alludere ⁷¹⁹. Più precisamente, viene rilevato che nella lettera c) cambia la prospettiva di analisi del fatto rappresentato: nelle ipotesi a) e b) in primo piano vi è la relazione tra minore e colui che registra, ove fondamentale è l'atto sessuale o la posa tenuta dal bambino; ai sensi della c), invece, in primo piano vi è la relazione tra chi registra e chi osserva ⁷²⁰. La meritevolezza di autonomia dell'ipotesi in esame, rispetto al mero *posing* di cui alla lettera b) ha fondamento in molteplici opinioni della dottrina più o meno recente ⁷²¹. Non si tratta del mero nudo, bensì di un nudo che si presenta in una modalità sessualmente provocante. Autorevole dottrina ritiene che una rappresentazione in primo piano di organi sessuali ⁷²², senza che sia riconoscibile dalla immagine alcuna componente da associarsi ad una *Handlung*, sebbene su essa si basi, non è tipica ⁷²³. Elemento essenziale è che il soggetto rappresentato assuma delle pose oscene, come per esempio allargare le gambe, o denudare il busto; circostanze

⁷¹⁷ BGH 494/2015.

⁷¹⁸ Recita così la norma: "...wird bestraft, wer eine Bildaufnahme, die die Nacktheit einer anderen Person unter achtzehn Jahren zum Gegenstand hat".

⁷¹⁹ Fischer, 9a.

⁷²⁰ Eisele-Franosch, 522.

⁷²¹ Hörnle NJW 2008, 3525; Röder NSTZ 2010, 118; Hausteil ZIS 2014, 348 (351 f.); particolarmente critico Fischer, 10, il quale la definisce dogmaticamente senza senso.

⁷²² Cfr. BGH II 21.11.2013, 459/13, BeckRS 00753; OLG Hamm 10.3.2016 – 3 Rvs 22/16, BeckRS 2016, 06252.

⁷²³ Eisele-Franosch, 520.

rinvenibili anche in immagini statiche, ove si possa ricavare dalle stesse tale aspetto di movimento ⁷²⁴. Anche in questo caso, dunque, assume notevole importanza la valutazione di tutte le circostanze presenti nel prodotto, le quali andranno necessariamente considerate in relazione ad un osservatore obiettivo, non certamente riguardo alle considerazioni soggettive dell'osservatore ⁷²⁵. Attenta dottrina, tuttavia, scorge un requisito ulteriore nella norma: partendo dalla considerazione che nell'analisi di un materiale di tal specie si deve valutare il rapporto tra produttore e utilizzatore, richiede la valutazione se la rappresentazione nel caso concreto sia idonea a stimolare sessualmente chi ne usufruisce. Più precisamente, la rappresentazione stimolante sessualmente si deve rapportare alla *determinazione soggettiva dello scopo* delle condotte di produrre, diffondere o procurarsi il possesso del materiale pedopornografico, previste nel §184 co. 1. Detto scopo non deve risultare dalla rappresentazione, ma può essere ricavato anche da circostanze esterne alla illustrazione ⁷²⁶. Attraverso tale indagine si può escludere il disvalore nella condotta di chi fotografa il nipotino mentre, nudo, viene lavato, mentre a differente valutazione può condurre il fatto che la foto sia in possesso di un terzo estraneo.

Procedendo nell'analisi della norma, il legislatore al comma 1 n. 2 descrive un ulteriore contenuto del materiale pornografico: i cosiddetti *tatsächliche o wirklichkeitsnahe Geschehen*. L'accadimento è reale quando l'atto sessuale rappresentato in un film o in una foto è avvenuto così come descritto ⁷²⁷. Dinanzi alla descrizione di un atto sessuale in forma scritta, per esempio attraverso un romanzo, il carattere della rappresentazione del fatto come reale viene meno. Circa le illustrazioni non si presuppone, invece, che si tratti di registrazioni meramente documentaristiche, prive di elaborazioni. Il requisito si considera soddisfatto se una azione viene recitata o se dei dettagli vengono

⁷²⁴ Eisele, 3a.

⁷²⁵ Hörnle, 20; BT-Drs. 18/3202, p. 27.

⁷²⁶ Eisele-Franosch, 523.

⁷²⁷ Hörnle, 21.

modificati, attraverso elaborazioni ⁷²⁸. Decisamente più controversa la seconda ipotesi. La dottrina le definisce come *fiktive Darstellungen* ⁷²⁹, ovvero rappresentazioni fittizie, cioè prodotti che concernono, secondo la valutazione di un osservatore medio, con riferimento all'*Erscheinungsbild esterno*, delle riproduzioni reali di un bambino ⁷³⁰.

Secondo l'uso comune il termine *wirklichkeitsnah* costituisce un aggettivo che indica un qualcosa che si avvicina alla realtà, a cui corrisponde in maniera approssimativa ⁷³¹. Pertanto ⁷³² il BGH ha ritenuto non idonei a rappresentare un accadimento realistico ai sensi della norma tutti quei prodotti artistici, come disegni, fumetti o cartoni animati, o mere produzioni scritte ⁷³³. Non presentano tale carattere quei prodotti il cui elemento di fantasia è ricavabile dalla forma di rappresentazione: si pensi in particolare ai *videogames*, ai cartoni animati ⁷³⁴, ai disegni. Il tema della *wirklichkeitsnahe Darstellung*, ossia della *virtuelle Kinderpornographie*, si pone dinnanzi alla diffusione di particolari software, quali "Second Life" o del genere "Avatar", ove l'utente può configurare dei veri e propri personaggi virtuali e far condurre loro una vita virtuale tramite il PC, così potendo far commettere loro anche degli atti sessuali con minori. Il fenomeno degli "Avatar" è stato spesso considerato dalla dottrina equiparato a quello dei fumetti, e si è giunti a considerare la loro produzione perseguibile, ai sensi della previgente normativa del §184b, comma 1, rimanendo esclusa la perseguibilità del possesso di un tale materiale in quanto relegato alle sole ipotesi di rappresentazioni reali o realistiche, cui un disegno o fumetto non

⁷²⁸ Hörnle, 25.

⁷²⁹ Per Laubental, 393: „*Zeichnerische Darstellung, Beschreibung oder Imitation eines pornographischen Geschehens*“

⁷³⁰ Ziegler, StGB BeckOnline 2016, §184b, 6.

⁷³¹ Fonte: www.duden.de, sub *wirklichkeitsnah*.

⁷³² Laubental, 893, descrive tale ipotesi: „*Nach ihrem äußeren Erscheinungsbild so real wirkende („wirklichkeitsnahe“) Darstellung pornographischen Inhalts, dass das Vorliegen von Realpornographie nicht ausgeschlossen werden kann.*“

⁷³³ BGH NSTZ 2013, 642. 643.

⁷³⁴ Hopf-Braml ZUM 2007, 360.

rientra⁷³⁵. Analogamente viene ritenuto escluso il requisito con riguardo ai testi⁷³⁶, ai racconti, i quali per esempio trattano di un episodio realmente accaduto; che dunque non rientrerebbero nel disposto di cui al comma 1 n. 2 e successivi, bensì, al massimo, nel n. 1⁷³⁷. Diversamente si è sostenuto con riferimento a produzioni cinematografiche o fotografiche in cui il fatto appaia realistico in virtù di elaborazioni artificiali perfettamente invisibili; ma non quando tali elaborazioni siano evidenti e i fatti non appaiano minimamente realistici⁷³⁸.

A completamento della normativa sulla pornografia, il legislatore tedesco ha sancito la perseguibilità anche del materiale avente ad oggetto i cosiddetti *Jungen*, ossia quei soggetti, che abbiano dai quattordici ai diciotto anni, non ancora compiuti. Il § 184c riprende gli stessi contenuti della norma sulla *Kinderpornographie*, salvo la lettera c) appena esaminata, circa le rappresentazioni sessualmente stimolanti aventi ad oggetto gli organi sessuali o il sedere del minore, su cui la dottrina ancora rimane perplessa.

Al pari della disposizione di cui al § 184b, ai fini della qualificazione del materiale si pongono notevoli problemi riguardo alla determinabilità dell'età dei soggetti rappresentati. Valgono i criteri già delineati e, dunque, l'analisi di qualsiasi elemento utile alla determinazione dell'età del soggetto da desumersi dall'aspetto fisico, dal contesto, da elementi della rappresentazione. La ristretta cornice di età determina, in primo luogo, delle difficoltà dinnanzi a soggetti che abbiano quasi raggiunto la maggiore età: in tali casi, si deve fare riferimento alla età anagrafica e, dunque, escludere la rilevanza allorquando il soggetto sia già diciottenne. Allorquando abbia meno di diciotto anni va accuratamente

⁷³⁵ Cfr. Hopf-Braml, ZUM 2007, 354, 363; *contra* Eisele, 3b.

⁷³⁶ BGH I 19.3.2013, 8/13, BGHSt 58, 197-201; è stata considerata irrilevante la detenzione di una conversazione via mail salvata sul pc ove si parli di un abuso pianificato o eseguito, in quanto essa non può essere qualificata come un *wirklichsnabe Geschehen*. La detenzione di un tale scritto, pertanto, non può essere considerata come detenzione di materiale pedopornografico.

⁷³⁷ Ziegler, 6.

⁷³⁸ Hörnle, 26.

analizzato l'elemento soggettivo del dolo in capo all'autore ⁷³⁹. Si pensi al minore che appaia più sviluppato rispetto agli altri ragazzi della sua età, sin da poter sembrare ultra diciottenne (il cosiddetto *Scheinerwachsener*), o al maggiorenne che invece abbia dei tratti particolarmente delicati da lasciar trapelare dei dubbi sulla sua maggiore età (cd. *Scheinjugentliche*). Per quanto riguarda la prima ipotesi, si ritiene irrilevante ciò che appare, e dunque assume rilevanza l'età che realmente il minore possiede, salve ipotesi di errore fondate ⁷⁴⁰. Nel secondo caso, detto materiale, a seguito dell'analisi di tutte le circostanze del fatto e sempre dal punto di vista di un osservatore obiettivo, è stato riconosciuto rilevante penalmente, in quanto ricompreso nella categoria delle *wirklichkeitsnahe Darstellungen* ⁷⁴¹.

4.c. Il concetto di Pornografia.

Il concetto di pornografia compare nel codice penale italiano relativamente tardi rispetto a quello tedesco, attraverso l'art. 3 della l. n. 269 del 1998. L'attenzione del legislatore è, tuttavia, rivolta ad una particolare tipologia di prodotto pornografico, la pornografia "minorile" prevista all'art. 600-ter c.p. . Sebbene la disciplina sia stata più volte modificata, prima dall'art. 2 della l. 6.2.2006, n. 38, poi dall'art. 4 co. 1 della l. 1.10.2012, n. 172, permangono ancora difficoltà nel delineare una puntuale ed esaustiva definizione di tale elemento normativo culturale. La scelta di non mantenere la formulazione "scritti, disegni, immagini o altri oggetti osceni", presente nell'art. 528 c.p., ora depenalizzato ⁷⁴², sembra indicare, inoltre, delle differenze rispetto a quella di "materiale pornografico" ⁷⁴³.

⁷³⁹ Eisele, 5.

⁷⁴⁰ Eisele, S/S 2014, §184c, Rn. 5.

⁷⁴¹ Hörnle, MüKo, §184c, Rn. 11.

⁷⁴² D.lgs. n. 8 del 15.1.2016.

⁷⁴³ Una datata pronuncia, Cass. III, n. 1197, 6.11.1970, si limitava a definire la pornografia in relazione alla nozione di osceno formulata nell'art. 529 c.p., precisando che "la pornografia è compresa nel più ampio concetto di oscenità, e si identifica con "la descrizione o illustrazione

Al riguardo va rilevato che l'elemento dell'osceno è emblema di una normativa a tutela del pudore e della morale sessuale, così come lo stesso art. 529 c.p. specifica, che si rivolgeva verso la rappresentazione in sé⁷⁴⁴; mentre nel concetto "pornografico" della nuova previsione l'attenzione è rivolta sul minore soggetto/oggetto della rappresentazione⁷⁴⁵, avendo dunque rilievo ciò che egli subisce⁷⁴⁶. Accanto ad una tale lettura, definita *oggettiva*⁷⁴⁷, ossia legata al contenuto della rappresentazione, non manca chi, al contrario, evidenzia una eterogeneità tra le due ipotesi, secondo un esame soggettivo, legato cioè all'impatto della rappresentazione su chi viene a contatto con essa⁷⁴⁸. L'osceno indurrebbe una sensazione di disgusto, mentre il pornografico sarebbe un aggettivo descrittivo, riferibile a rappresentazioni sessualmente esplicite miranti ad indurre nell'osservatore eccitazione sessuale⁷⁴⁹.

Sino all'introduzione del 7 comma all'art. 600-ter c.p. a seguito della riforma del 2012, che come vedremo, segna un fondamentale passo nella delineazione dell'elemento, il legislatore aveva rinunciato a tracciare una definizione, per l'estrema difficoltà "di fornire una definizione di pornografia prescindendo dai contesti in cui i comportamenti siano, nelle varie ipotesi concrete, tenuti" (così la Relazione al disegno di legge governativo). Accanto ai svariati tentativi da parte di dottrina e giurisprudenza, ruolo chiave assumono gli interventi a livello comunitario, da cui, peraltro, sono giunti gli *input* ai legislatori nazionali, verso un intervento penalistico nella materia. Il primo passo si ha in sede Consiglio d'Europa con la decisione quadro 2004/68/GAI

di soggetti erotici, mediante scritti, disegni, discorsi, fotografie, ecc, che siano idonei a far venir meno il senso della continenza sessuale e offendano il pudore per la loro manifesta licenziosità".

⁷⁴⁴ Romano B., TDP, PS, vol. XIV, 2016, 64.

⁷⁴⁵ Manna, *Profili problematici della nuova legge in materia di pedofilia*, IP 1999, 48.

⁷⁴⁶ Mantovani, PS, I, 409.

⁷⁴⁷ Delsignore, §3, *Pornografia minorile*, in Cadoppi-Canestrari, TDP, 2016, 742.

⁷⁴⁸ Siffatto criterio è stato spesso criticato dalla dottrina a causa del rischio di condurre a gravi disparità di trattamento

⁷⁴⁹ Cadoppi, sub 600-ter, I-II co., in Comm. delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, 126; Pistorelli, *sub 600-ter*, in Dolcini-Gatta Comm., 2015, p. 240.

relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini, ove all'art. 1 viene fornita una prima definizione del concetto di "pornografia infantile": essa consiste nel *"materiale pornografico che ritrae o rappresenta visivamente: i) un bambino reale implicato o coinvolto in una condotta sessualmente implicita, fra cui l'esibizione lasciva dei genitali o dell'area pubica; o ii) una persona reale che sembra essere un bambino implicata o coinvolta nella suddetta condotta di cui al punto i); iii) immagini realistiche di un bambino inesistente implicato o coinvolto nella suddetta condotta"*. Nonostante il significativo apporto definitorio, il legislatore del 2006 ha preferito non traslarlo nella norma, suscitando aspre critiche da parte della dottrina ⁷⁵⁰. La nota pronuncia della Corte CE *Pupino* ⁷⁵¹, tuttavia, alla luce soprattutto del rispetto dei canoni di determinatezza e offensività, invita il giudice italiano, nell'applicazione dell'art. 600-ter c.p., e non solo, a fare riferimento alla nozione di pedopornografia fornita dall'art. 1 della decisione quadro 2004/68/GAI ⁷⁵², come del resto avviene in svariate pronunce ⁷⁵³. È stato così considerato materiale pornografico rilevante per l'integrazione del delitto di pornografia minorile, quello consistente in fotografie raffiguranti un minore infraquattordicenne nell'atto di cambiarsi all'interno di uno spogliatoio di una piscina. Precisa la giurisprudenza che esso deve essere di contenuto lascivo e idoneo ad eccitare le pulsioni erotiche del fruitore, sicché in esso vanno ricomprese non solo le immagini raffiguranti amplessi, ma anche corpi nudi con i genitali in mostra ⁷⁵⁴.

Dopo qualche anno, Parlamento europeo e Consiglio intervengono nuovamente con la direttiva 2011/92/UE del 13.12.2011, in seno alla Lotta

⁷⁵⁰ Cadoppi, *L'assenza delle cause mette a rischio le buone intenzioni*, GD, n. 9/2006, 44; Picotti, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia in internet (L. 6.02.2006, n. 38) (Parte prima)*, in *Studium Iuris* 2007, n. 10, 1070.

⁷⁵¹ C. Gius. CE, Grande sez. 16.6.2005, C-105/03, con nota di Manes, *L'incidenza delle "decisioni quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. Pen.* 2006, 1150 e ss.

⁷⁵² Cfr. *Cass. III*, 4-22.3.2010, commento di Cocco, *Il concetto di pornografia minorile e i principi del diritto penale liberale*, RCP 2010, 2073.

⁷⁵³ *Cass. III*, 4.3.2010, n.10981, Rv. 246351.

⁷⁵⁴ *Cass. III*, 9.12.2009, n. 8285; cfr. *Cass. III*, 10.6.2015, n. 42964, Rv. 265157.

contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, dove viene descritto come “pornografia minorile” o “materiale pornografico”:

“i) il materiale che ritrae visivamente un minore in atteggiamenti sessuali espliciti, reali o simulati; ii) la rappresentazione degli organi sessuali di un minore per scopi prevalentemente sessuali; [...] e) “spettacolo pornografico”: l'esibizione dal vivo, diretta ad un pubblico, anche a mezzo di tecnologie dell'informazione e della comunicazione di I) un minore in atteggiamenti sessuali espliciti, reali o simulati, oppure: II) organi sessuali di un minore, per scopi prevalentemente sessuali”. L'evoluzione del concetto guarda verso uno dei temi più controversi del fenomeno pedopornografico, abbandonando la necessità di una “esibizione lasciva dei genitali”, come previsto dalla DQ 2004/68/GAI, e ponendo invece l'accento sulla mera rappresentazione degli organi sessuali del minore per scopi sessuali.

Tale disposizione e l'art. 20 della Convenzione di Lanzarote del 2007, a cui la l. n. 172/2012 dà esecuzione, costituiscono il fondamento del comma 7 dell'art. 600-ter c.p., il quale definisce, per la prima volta nel codice, l'elemento normativo “pornografia minorile”: *“si intende ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali”.*

I riferimenti alle fonti comunitarie citate consentono di delineare cosa debba intendersi per *rappresentazione*. Si reputa generalmente debba limitarsi alla sola rappresentazione visiva, con esclusione degli scritti, come invece riferiva l'ormai depenalizzato art. 528 c.p. in tema di atti osceni. Più controverso il ricomprendere disegni, dipinti, sculture e simili, ove venga utilizzato il minore come modello. A riguardo il filtro dell'autore renderebbe l'opera equiparabile alle opere interamente virtuali, ove il minore non viene riprodotto *tout court*, e potrebbe non essersi sostanziato in alcun danno per lui ⁷⁵⁵. Discussa altresì

⁷⁵⁵ Cocco, TDP 2014, 304, il quale ritiene in tale circostanza tuttalpiù configurabile, sussistendone i requisiti, una ipotesi di prostituzione minorile; Cadoppi, in Cadoppi, 145.

l'ipotesi delle registrazioni sonore, ove si sostiene che la mancanza di un rapporto visivo tra fruitore e quanto rappresentato e la non identificabilità del minore ne lasciano propendere per una soluzione negativa ⁷⁵⁶.

Il vero nodo interpretativo è la locuzione “per scopi sessuali”, la quale può lasciare intendere una valutazione incentrata sulla personalità dell'agente, invece che sulla natura lesiva del fatto ⁷⁵⁷. Il suo corretto inquadramento in una ottica oggettiva deve, però, avere come base sempre e comunque il bene giuridico tutelato dalla norma ⁷⁵⁸ e, dunque, il corretto sviluppo psico-fisico del minore rappresentato; non potendosi accogliere nozioni incentrate sui sentimenti che la rappresentazione suscita nei realizzatori o fruitori o comunque sugli scopi perseguiti con la sua creazione o possesso ⁷⁵⁹. L'attenzione dell'interprete dovrà soffermarsi sulle caratteristiche intrinseche dell'immagine stessa ovvero alle modalità di esibizione, le quali, per le loro caratteristiche oggettive, possano concretamente turbare il corretto sviluppo psico-fisico del minore ⁷⁶⁰. Assumono rilievo anche gli elementi di contesto (quali scenari a sfondo sessuale in cui il minore venga inserito) laddove incidenti su quest'ultimo profilo, ma non quando semplicemente espressivi degli scopi perseguiti ⁷⁶¹.

È rilevante penalmente la rappresentazione di attività sessuali esplicite, reali o simulate. Merita particolare attenzione la stessa locuzione “attività sessuale”, la quale può apparire in sé evidente in specifici contesti culturali, ma che merita una compiuta esplicitazione in un contesto di pluralismo culturale, quale quello che caratterizza le società contemporanee ⁷⁶². Nella determinazione del significato del concetto, la dottrina fa spesso riferimento

⁷⁵⁶ Cocco, 304; Cadoppi, 145; *contra* Mantovani, PS I, 436.

⁷⁵⁷ Cocco, 304.

⁷⁵⁸ Cocco, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?* RIDPP 2006, 885.

⁷⁵⁹ Mantovani, 407.

⁷⁶⁰ Cocco, *La lotta senza esclusione di colpi contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile. Le questioni dell'error aetatis e del concetto di pornografia minorile*, in RCP 2013, 1813.

⁷⁶¹ Cocco, 306.

⁷⁶² Cocco, 307.

alla normativa statunitense, di cui al titolo 18 dell'U.S. Code, pt. I, chapter 110 § 2256 (2)(B), ove si intende per *condotta sessualmente esplicita* "I) un rapporto sessuale *graphic*⁷⁶³, compresi genitale-genitale, orale-genitale, anale-genitale, od orale-anale, tra persone dello stesso o di diverso sesso, o un rapporto sessuale lascivamente simulato in cui sono esibiti i genitali, seno, o l'area pubica di una persona; II) *graphic* o lascivamente simulati I) bestialità, II) masturbazione, III) abuso sadico o masochistico; III) l'esposizione lasciva *graphic* o simulata dei genitali o dell'area pubica di una persona⁷⁶⁴.

L'attenzione del legislatore è rivolta, altresì, verso una condotta simulata, la quale deve rappresentare visivamente un evento cui un minore abbia effettivamente partecipato ovvero in cui sia coinvolto ed in cui vi sia comunque l'esibizione dei genitali, del seno o dell'area pubica di una persona, ancorché differente dal minorenne coinvolto, che concorra alla simulazione di una condotta sessualmente esplicita⁷⁶⁵. Si pensi all'ipotesi in cui si simuli un rapporto sessuale genitale-genitale dove si esibiscano gli organi sessuali del solo partner maggiorenne, la quale è comunque lesiva del corretto sviluppo psico-fisico del minore che vi partecipi. Nella descrizione della condotta sessualmente esplicita, sia reale che simulata, in virtù del rilievo dato alla rappresentazione degli organi sessuali del minore data dal comma 7 dell'art. 600-ter, si sostiene appaia decisiva l'esibizione dei genitali, del seno o dell'area pubica, ovvero degli organi sessuali di almeno uno dei reali protagonisti dell'attività sessuale⁷⁶⁶.

Il classico concetto di pornografia appena delineato assume, a seguito di molteplici sollecitazioni a livello internazionale, e a seguito dell'evoluzione della tecnologia, dei connotati decisamente più ampi. Ci riferisce al disposto dell'art.

⁷⁶³ Dove per *graphic* si intende ai sensi del 18 USC 2256 (10) "che uno spettatore può osservare durante una qualsiasi parte della rappresentazione della condotta sessualmente esplicita una qualsiasi parte dei genitali o dell'area pubica di una persona o di un animale".

⁷⁶⁴ Cocco, *Può costituire...*, cit. 886.

⁷⁶⁵ Cocco, 308.

⁷⁶⁶ Cocco, 308.

600-quater1 c.p., il quale disciplina l'ipotesi di pornografia virtuale. La decisione quadro 2004/68/GAI funge da fondamento, appunto, per la norma e nozione delineata dal nostro legislatore: “[...] *quando il materiale pornografico rappresenta immagini virtuali realizzate utilizzando immagini di minori degli anni diciotto o parti di esse [...] Per immagini virtuali si intendono immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali*”. Nonostante la Convenzione di Lanzarote del 2007 e la direttiva 2011/92/UE, tale articolo non ha subito alcuna modifica, così lasciando irrisolto il problema della scarsa determinatezza della nozione di pornografia virtuale delineata⁷⁶⁷.

Prima ancora di trattare del contenuto di un tale elemento normativo, occorre soffermarsi sulle forti perplessità che una tale disposizione ha suscitato in dottrina. Nel perseguimento di una “immagine virtuale” il contrasto con il principio di materialità è evidente, e ancor più, è evidente il venir meno del *diritto penale del fatto*, a favore di un mero *diritto penale d'autore*⁷⁶⁸, ove il disvalore non è più visto nel fatto lesivo di un bene giuridico in capo al minore, bensì nel soggetto che realizza, possiede, (etc.) un tale prodotto⁷⁶⁹. Una ancora più approfondita analisi porta a considerare tali incriminazioni come a sostegno di una mera censura morale, atteso che il pericolo non riguarda il bene giuridico di categoria, bensì un principio morale⁷⁷⁰ e i comportamenti devianti puniti non costituiscono una aggressione al minore, bensì la diffusione della pedopornografia come mero fatto culturale⁷⁷¹.

Una presa di posizione di segno opposto si ha da parte della

⁷⁶⁷ Bianchi, in Cadoppi-Canestrari, TDP, PG e S, 2016, 771.

⁷⁶⁸ Romano B., TDP 2016, 80; cfr. Pistorelli, *sub 600-quater1*, in Dolcini-Gatta, 2015, 2255.

⁷⁶⁹ Cfr. Donini, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offence” di Joel Feinberg, RIDPP 2008, p. 1546 e ss; Manna-Resta, *I delitti di pedopornografia, alla luce della legge 38/2006, una tutela virtuale*, Diritto dell’Internet, 2006, p. 221.

⁷⁷⁰ Così anche Palumbieri, *I delitti contro lo sviluppo psicofisico dei minori. Generalità*, in Manna, Papa, Canestrari, Cadoppi, TDP, PS, 301 e ss.

⁷⁷¹ Cocco, *Può costituire reato...*, 878.

giurisprudenza di legittimità⁷⁷², peraltro intervenuta durante lo svolgimento del presente lavoro. Essa ritiene che bene tutelato debbano essere considerati non solo la libertà sessuale del minore concretamente rappresentato, ma anche l'intangibilità della personalità dei minorenni e il rispetto dei tempi e dei modi di sviluppo della loro personalità. Il *focus* della repressione della pedopornografia virtuale vede dunque quei comportamenti che, benché non offensivi di uno specifico minore, esprimano la possibilità di coinvolgimento del minore in quelle attività sessuali, in relazione alle quali i minori non sono in grado di prestare un valido consenso, tenuto conto del loro grado di sviluppo psicologico e di maturità relazionale. Appare evidente come la dottrina maggioritaria propenda per una interpretazione restrittiva⁷⁷³ della fattispecie di pornografia virtuale, in aperto contrasto con la pronuncia della Cassazione, la quale tende verso una visione particolarmente ampia.

L'espreso riferimento a prodotti raffigurativi a contenuto pornografico determina che non possano costituire oggetto della fattispecie tutte quelle produzioni meramente vocali, come ad esempio le registrazioni in cui venga simulata in maniera credibile la voce di un bambino⁷⁷⁴.

Il legislatore, per prima cosa, fa espreso riferimento allo strumento attraverso il quale vengono realizzate le immagini in questione. Si tratta di tecniche di elaborazione grafica, un concetto abbastanza onnicomprensivo⁷⁷⁵, che permette di adattarsi ai rapidi sviluppi delle tecnologie. Si considerano ricomprese le tecniche di *computer morphing*, fotomontaggi, *collages*. Elemento essenziale, così come richiesto dalla norma, è comunque che la qualità sia tale da far apparire come vere situazioni non reali. Vengono così escluse immagini

⁷⁷² Cass. III, 13.1.2017-9.5.2017, n. 22267.

⁷⁷³ Tra gli altri: Bianchi, *Pornografia virtuale*, in Manna, Papa, Canestrari, TDP, PS, 2010, 515; Manna, *Il minore autore e vittima di reato: la situazione italiana e le indicazioni europee*, Diritto di famiglia 2012, p. 1251 e ss; Pistorelli, *Attenzione spostata sulla perversione del reo*, in Guida dir. 2006, n. 9, p. 51; Valsecchi, *Delitti contro l'inviolabilità e la libertà sessuali: prostituzione e pornografia minorile, violenza sessuale*, in Viganò, Piergallini, Reati contro la persona, 2015, p. 307.

⁷⁷⁴ Pistorelli, 257.

⁷⁷⁵ Critico sulla eccessiva vaghezza della formulazione, Pistorelli, 257.

la cui qualità non riesca a raggiungere un siffatto grado di perfezione e tradisca l'artificiosità della rappresentazione in essa contenuta ⁷⁷⁶. Cadono, dunque, tutte quelle perplessità circa l'eventuale prodotto dalla realizzazione grossolana: il combinarsi del comma 1 e 2 dell'art. 600-quater¹ non lascia adito a dubbi.

I riferimenti agli artt. 600-ter e quater da parte della norma e al relativo concetto di “materiale pornografico” permettono di configurare il contenuto della rappresentazione secondo gli stessi parametri descritti per la “pornografia reale”, così immagini in cui il minore è coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o allorquando vengano rappresentati gli organi sessuali di un minore per scopi sessuali.

Ai sensi della norma si deduce che il minore reale, di cui sono utilizzate le immagini, non è il reale protagonista delle situazioni pornografiche rappresentate, ma sono usate sue immagini nella rappresentazione dello stesso ⁷⁷⁷. Il dato letterale, il quale fa riferimento al necessario utilizzo di *immagini di minori*, determina, in capo ad un primo orientamento, per così dire “restrittivo”, che siano irrilevanti penalmente tutte le ipotesi di pornografia integralmente virtuale ⁷⁷⁸, ossia confezionata senza utilizzare, in tutto o in parte, immagini di minori “reali”, come per esempio i cartoni animati o i fumetti ⁷⁷⁹.

L'impostazione restrittiva è comunque in linea con una interpretazione teleologica della norma: diversamente opinando mancherebbe un qualsivoglia danno a carico dei minori reali ⁷⁸⁰. Nella stessa ottica si esige che il minore rappresentato sia identificato o identificabile, in armonia con la possibilità, prevista dalla legge, che vengano impiegate nella rappresentazione immagini di mere *parti del corpo* di un minore: quest'ultima deve inequivocabilmente condurre alla identificazione del soggetto. Al riguardo non si reputa essenziale

⁷⁷⁶ Cocco, 310; Pistorelli, 258; Cadoppi, 281.

⁷⁷⁷ Cocco, *Può costituire reato...*, 871.

⁷⁷⁸ Cocco, *Può costituire reato...*, 889; Cadoppi, 276; Sotis, *Diritto penale della rete e prospettiva europea: il caso della pedopornografia virtuale*, in *Dir. informaz. e inform.*, 2011, 568; Bianchi, 772.

⁷⁷⁹ Pistorelli, 257.

⁷⁸⁰ Cocco, 309.

che tale *parte* ritragga il volto, essendo compatibile ogni parte del corpo che presenti un segno distintivo del soggetto e che possa a lui ricondurlo: si pensi ad una voglia, un tatuaggio, etc.⁷⁸¹. Sempre alla luce del principio di offensività, la *parte* deve essere attribuita ad un soggetto determinato, non essendo sufficiente sia genericamente attribuibile ad un minore non meglio identificabile⁷⁸².

Alcuni spunti interessanti possono trarsi da una pronuncia del Tribunale di Milano, il primo a pronunciarsi su una ipotesi di pedopornografia virtuale⁷⁸³. Nel caso di specie il materiale illustrativo consisteva in “cartoni animati”, in creazioni grafiche al pc simili a “manichini” ed in “immagini tridimensionali realizzate con elevata qualità grafica, cui immagine erano figure umane plastiche e proporzionate di adulti e minori coinvolti in atti sessuali, ove il volto era costituito dall'immagine bidimensionale di un bambino realmente esistente. Le prime due ipotesi, integralmente virtuali e ritraenti dei soggetti irreali intenti a compiere atti sessuali, vengono espunti dalla categoria delle ipotesi ex art. 600-quater¹ e, al contrario, ricondotte a quei prodotti, contrari alla morale pubblica, identificati dalla fattispecie dell'art. 528 c.p., ossia “pubblicazioni oscene”. Diverse le considerazioni circa la rappresentazione con l'utilizzo di un'immagine del viso di un bambino esistente. Il giudice, riconosciuta la elevata qualità grafica del prodotto, così come richiesto dalla norma, reputa quest'ultimo rappresentativo di una situazione simile al reale e lesiva dell'onore, del decoro e dell'equilibrio della persona minorenni rappresentata, esistente, ma non identificata, la cui immagine è stata sfruttata ed associata ad un contesto sessuale quale quello suddetto.

⁷⁸¹ Cocco, *Può costituire reato...*, 889-890; Cocco, 311; Bianchi, 772; C. III, 17.07.2012.

⁷⁸² Cocco, *Può costituire reato...*, 889; Cadoppi, 279.

⁷⁸³ T. Milano IX, 11.11.2010, con nota di Valsecchi, *Pedopornografia virtuale: la prima applicazione giurisprudenziale dell'art. 600-quater¹ c.p.*, CM 2010, 721; sul tema: Cocco, *La lotta senza esclusione di colpi...*, 1822; Bianchi, 786. Per una concezione estensiva, che ricomprende anche la rappresentazione integralmente virtuale: Fiandaca, Musco, PS II, 2013, 182; Mantovani, PS I, 424; Picotti, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini*, in Scritti Stella, 2007, 1300 e ss.

A sostegno della opposta impostazione, estensiva, si pronuncia la Cassazione, la quale interviene con l'intenzione di fare luce sulla materia. La chiave di lettura della fattispecie è la tutela contro un comportamento che, seppure non abbia necessariamente offeso uno specifico minore, potrebbe essere usato per indurre minori a partecipare a atti a sfondo sessuale, così determinando un abuso nei loro confronti. I prodotti virtuali in esame, dunque, possono essere realizzati senza l'impiego di bambini reali, utilizzando la tecnologia digitale per lo sviluppo di siffatte immagini. Il giudice di legittimità chiarisce che nella nozione si ricomprende non solo la riproduzione reale del minore in una situazione di fisicità pornografica, bensì anche disegni, pitture e tutto ciò che sia idoneo a dare allo spettatore l'idea che l'oggetto della rappresentazione sia un minore. Si tratterebbe, dunque, di riproduzioni artificiali che, sebbene realistiche, sono il puro frutto della tecnologia grafica e della fantasia sessuale dell'autore ⁷⁸⁴. La possibilità di riconoscere lesività anche a condotte ove l'immagine raffigurata non concerna situazioni reali si fonda, ad avviso della Cassazione, sullo stesso dettato normativo del comma 1, il quale non fa alcun riferimento al carattere *reale* della situazione rappresentata. Ciò che contraddistingue tale tipologia di pornografia rispetto a quella classica non sarebbe l'elaborazione sofisticata di immagini tridimensionali, bensì il fatto che l'elaborazione evochi la rappresentazione di situazioni reali, nelle quali i minori sono ridotti a meri oggetti sessuali, giocattoli sessuali con i quali e sui quali compiere atti a valenza sessuale.

Una siffatta struttura si accosta alla qualifica della ipotesi delittuosa come reato di pericolo concreto in riferimento alla qualità pornografica del prodotto e alla sua capacità rappresentativa. Date tali premesse, risultano configuranti l'ipotesi di cui l'art. 600 *quater.1* anche le rappresentazioni fumettistiche, soprattutto quando sono ottenute con tecnologia digitale di alta qualità e dunque immagini la cui qualità di rappresentazione faccia apparire come vere

⁷⁸⁴ Cass. III 13.1.2017-9.5.2017, n. 22267.

situazioni che non hanno alcuna corrispondenza con fatti reali.

Generalmente esclusa dal novero è, invece, l'ipotesi della cosiddetta *pornografia apparente*. Essa consiste in rappresentazioni che ritraggono soggetti, anagraficamente maggiorenni, ma che dalle sembianze fisiche lascino intendere trattarsi di minori⁷⁸⁵. Tale ipotesi, peraltro, risulta presente solo nei documenti internazionali precedenti alla Convenzione di Lanzarote del 2007.

Il fenomeno pornografico permane, dunque, nel codice in funzione della tutela del minore, quale soggetto dell'atto rappresentato, sia che sia esso stesso effettivo protagonista, sia che lo sia in maniera fittizia, ma graficamente realistica. Le ulteriori ipotesi, non ricomprese nella disciplina a tutela della pornografia minorile, ma soprattutto, quelle con ad oggetto gli adulti, sembrerebbe possano destare interesse meramente ai fini della disciplina delle "pubblicazioni oscene", ora private di rango penalistico.

4.d. Considerazioni comparatistiche.

Il fenomeno della pornografia minorile è uno dei temi caldi a livello comunitario e internazionale. Non meraviglia, dunque, che si trovino molti punti di contatto tra i due termini di paragone in esame.

Procedendo dal generale, la disciplina penale della pornografia ha le sue origini, in ambedue le ipotesi, nelle rappresentazioni a contenuto osceno, benché il processo di evoluzione si sia avviato, come nel caso dell'elemento degli "atti sessuali", in tempi diversi. Ciò che colpisce è, tuttavia, la scelta del legislatore tedesco di rivolgere una particolare attenzione al fenomeno, in ordine non solo alle rappresentazioni a sfondo sessuale raffiguranti i minori, bensì anche agli ulteriori contenuti che la pornografia può avere. Ci si riferisce alle ipotesi di pornografia violenta e di zoopornografia, fattispecie che nascono a tutela dell'eventuale osservatore, a protezione del suo corretto sviluppo

⁷⁸⁵ Cocco, 309.

psico-fisico, se è un minore, e del non favorire l'imitazione delle condotte rappresentate. A tal proposito va rilevato che la mera delineazione di un bene giuridico non è sufficiente a fondare il disvalore di una condotta, soprattutto allorquando quest'ultima difetti di una concreta offensività, cosicché sembrano cogliere nel segno quelle opinioni dottrinali che contestano tale scelte legislative, benché la motivazione di fondo sembra essere sempre quella del minore, osservatore inesperto e non formato, in quanto con la repressione della creazione e diffusione del siffatto materiale sembra emergere l'imposizione di una determinata morale (sessuale).

L'impostazione particolarmente schematica e precisa adottata nei vari paragrafi della sezione XIII del StGB si manifesta anche nella normativa della pornografia minorile. Lo sdoppiamento in due ipotesi autonome e distinte e la conseguente diversa cornice edittale a seconda che il soggetto rappresentato sia un infraquattordicenne o *Jugendlich*, sebbene crei delle difficoltà dal punto di vista probatorio, suscita particolare interesse. Il bene giuridico del corretto e sano sviluppo psico-fisico che intende tutelare la disciplina della pedopornografia ha evidentemente una portata diversa a seconda dell'età del minore rappresentato. La categoria dei *minorenni*, e dunque di coloro che hanno meno di diciotto anni, appare troppo ampia e non attenta alle notevoli differenze che sussistono tra un minore, per esempio, di cinque anni e uno di diciassette.

Fin da questa prima osservazione sulla normativa è possibile evidenziare il diverso approccio del legislatore tedesco e italiano dinnanzi ai medesimi *input* comunitari. Il recepimento in maniera ragionata e non pedissequa è un dato fortemente caratterizzante le scelte d'Oltralpe, di cui ulteriore prova è la soluzione prospettata per la rappresentazione del nudo. Nessun rilievo assume lo scopo sessuale alla base di chi realizza, possiede o diffonda l'immagine, mentre elemento chiave è la constatazione di una posa *innaturale* e *sessualmente provocante* assunta dal soggetto ritratto. La rappresentazione dei meri organi genitali, trattata autonomamente, non è perseguibile *tout court*, bensì deve essere

analizzata alla luce della concreta posa che essi assumono. Relativamente agli altri potenziali contenuti del materiale pornografico, la norma stessa fa riferimento anche alla rappresentazione di atti sessuali, per la cui individuazione si farà riferimento al §184h StGB.

Considerazioni a parte merita il tema della pedopornografia virtuale. Il medesimo punto di partenza comunitario, che preme verso una repressione integrale del fenomeno, è stato accolto dal *Gesetzgeber* in maniera per così dire *neutra*. Egli lo descrive con l'aggettivo *wirklichsnah*, ossia vicino alla realtà, così ponendo in luce la verosimiglianza della condotta rappresentata. La dottrina tedesca, così come quella italiana, difatti, esclude dal novero tutte quelle rappresentazioni che assumono delle vesti irreali, come i cartoni, i fumetti, i *videogames*, mentre si considerano illecite solo quelle produzioni dove il dato artificiale sia perfettamente celato. Determinante è stato, benché nel senso contrario, l'atteggiamento della Cassazione, la quale ha suffragato le scelte comunitarie a discapito del rispetto dei principi costituzionali alla base del diritto penale.

Tralasciando le considerazioni circa l'opportunità e la meritevolezza del perseguimento della pedopornografia, che non è oggetto del presente studio, possono riscontrarsi interessanti spunti di riflessione partendo dall'approccio di legislatore, dottrina e giurisprudenza tedesca, elementi e nozioni combinabili con le posizioni nostrane al fine di una applicazione e interpretazione quanto più uniforme, a livello non solo nazionale, ma anche sovranazionale, della normativa sulla pornografia minorile.

CONCLUSIONI

Le fattispecie di diritto penale sessuale, per molteplici fattori ed in particolare per le forme di manifestazione e diffusione che assumono, costituiscono un fenomeno che, da un lato, travalica i confini nazionali, dall'altro anche all'interno della stessa comunità politica, sia nazionale sia europea per quanto ci riguarda direttamente, può presentare differenti letture a seconda delle differenti visioni religiose e culturali dei componenti la comunità.

Per quanto riguarda il primo profilo si pensi alle forme di turismo sessuale che contraddistinguono alcuni stati asiatici, alla produzione di materiale pedopornografico e alla sua divulgazione via internet in un punto indeterminabile del pianeta, o ancora allo sfruttamento di profughi minorenni nel campo della prostituzione. Per tali ragioni la materia presenta molteplici intersezioni a livello transnazionale, le quali spingono necessariamente lo studioso ad un approccio non integralmente *localistico*. Assume rilievo altresì l'attività normativa a livello sovranazionale, ove il tema della tutela della sessualità, soprattutto in relazione ai minori, è tema centrale e condiviso.

A tali *input* si affianca l'attività normativa a livello eurounitario che, benché spesso non assuma rilievo vincolante, è tuttavia di indirizzo per il legislatore nazionale. Anche una superficiale analisi delle normative penali sessuali europee fa rilevare, infatti, come esse siano *sulla carta* spesso simili, riflesso come detto, degli impulsi comunitari; ma non altrettanto nella prassi, seppure uniformare anche tale profilo sia obiettivo ultimo e complesso del legislatore comunitario.

A complicare il quadro la diversità di approccio al fenomeno sessuale e dunque alla criminalità sessuale che caratterizza le differenti fedi religiose o concezioni filosofiche e le differenti culture presenti anche nell'ambito della stessa comunità politica, particolarmente evidente negli ultimi decenni a seguito di un significativo fenomeno migratorio da Paesi anche di culture radicalmente differenti nella vecchia Europa.

In questo quadro complesso con lo scopo di offrirne una lettura si inserisce questo lavoro comparatistico, volto a analizzare la situazione normativa e applicativa tedesca, particolarmente interessante sia per profondità di studi sia per una situazione sociale particolarmente toccata dalle questioni legate al multiculturalismo e specificamente in materia sessuale.

L'analisi ha proceduto dalla relazione tra diritto e cultura, orientandosi verso l'approfondimento degli elementi normativi, nello specifico, culturali, della fattispecie penale, tema spinoso e spesso tralasciato dalla dottrina. La funzione di strumento atto *all'ossigenazione* necessaria per la sopravvivenza della norma dinanzi ai mutamenti socio-culturali rende l'elemento normativo culturale un istituto centrale ed affascinante.

In particolare si sono approfondite le più recenti posizioni della dottrina tedesca in tema di *normativen Tatbestandsmerkmale*, e soprattutto si è tentato di evidenziare come un medesimo elemento normativo culturale si attegga in seno a due contesti culturali distinti, quali il nostro e quello tedesco. La scelta si è rivolta, non a caso, verso la normativa della Germania, che oltre ad essere patria del diritto penale continentale e spesso modello di ispirazione in molteplici rami del diritto, presenta un diverso background religioso, in prima battuta, ma anche una maggiore esperienza nell'ambito della gestione del multiculturalismo ed è stata, infine, oggetto di una riforma nell'ambito del diritto penale sessuale.

Dalla analisi dei singoli elementi normativi culturali effettuata è stato possibile porre in risalto la loro preponderante posizione nella teoria del reato. La loro capacità di riequilibrare lo staticismo lessicale della norma al mutare dei costumi, della cultura e della morale conferisce loro una posizione di rilievo, in un'epoca ove il diritto penale *locale* si trova proprio a dover affrontare il continuo e veloce trasformarsi del tessuto demografico. La cultura, peraltro, è già da qualche tempo al centro delle attenzioni degli studiosi: essa assume una posizione chiave nelle esimenti e nei reati culturalmente motivati, si pensi a chi uc-

cide per salvare l'onore della propria famiglia o a chi circoncide o infibula il proprio figlio/a nel rispetto della propria religione.

L'utilità pratica di un siffatto istituto si scontra con la profonda mutabilità e indeterminatezza della fonte *riempitiva* della norma culturale.

In particolare sull'elemento normativo culturale si è posto il quesito del rispetto del principio di determinatezza.

Traslando il discorso dal diritto penale *generale* al diritto penale *speciale*, dalla delineazione del concetto di *atto sessuale* o di *pornografia* appare evidente come a parità di termini il rispetto del summenzionato principio sia stato affrontato, da parte dei due ordinamenti in comparazione, in maniera totalmente differente. La normativa italiana parte da un generico delitto di violenza sessuale, per poi occuparsi dei minori con un apparato specifico, ma lasciando insoluto il problema della determinazione, a livello legislativo, di un qualche criterio atto a orientare l'interprete (e il cittadino) sulla portata della condotta di atto sessuale penalmente rilevante. Complica il quadro il fatto che in tema di sessualità il *discrimen* tra ciò che è moralmente/culturalmente/soggettivamente e penalmente rilevante è labile. Il rilievo che assume la personale sensibilità della vittima si deve al correlativo pregiudizio che subisce la sua autodeterminazione sessuale a seguito del subire una determinata condotta dai connotati sessuali. Un tale quadro vede completamente sfumare i contorni allorquando chi subisce il fatto appartiene ad una cultura ove la sensibilità sessuale si manifesta con delle sfumature totalmente distinte da quelle del soggetto agente.

Abbiamo invece visto come la teoria del bene giuridico assume una posizione chiave nella delineazione del concetto di *sexuelle Handlung* del §184h: il legislatore tedesco fornisce, appunto, un criterio interpretativo che fonda perseguibilità della condotta a seconda della sua *rilevanza in relazione al bene giuridico lesa*. Una soluzione, questa che, sebbene non perfetta, permette una qualche linea guida, perlomeno dinnanzi a condotte quali il mero bacio o lievi contatti fisici, che sono il punto cruciale nella prassi. L'utilità del §184h la si intende dal-

la sua combinazione con l'articolato sistema di norme previste dai §§174 e ss., ove il legislatore ripartisce in maniera precisa ogni grado di lesività a seconda del soggetto leso. Attraverso tale schema assume importanza il ruolo del bene giuridico in questione, che non risulta essere la mera autodeterminazione sessuale in sé, bensì il combinarsi di più beni giuridici, a seconda della concreta fattispecie violata.

L'efficienza della complessa struttura dei delitti sessuali è stata, tuttavia, completamente inficiata dalla recente introduzione del reato di molestie sessuali, il quale permette di perseguire anche quelle condotte prive di una qualche *rilevanza*. La scelta pare essere frutto di una decisione di mera politica criminale, mirante a conseguire il consenso dei cittadini per il pronto intervento dinnanzi a forme di *inciviltà* verificatesi in Germania in particolare da parte di immigrati, più che una scelta ponderata e armonizzata con il precedente sistema sanzionatorio.

Un atteggiamento analogamente ragionato si è avuto in tema di materiali pornografici. Tralasciando la tematica della meritevolezza di repressione della pornografia in genere, che hanno più un carattere di censura morale, per come sono intese, che di evidente lesione di un qualche bene giuridico in capo al singolo, anche i §§184 e ss. StGB si caratterizzano per la rigorosa e accurata ripartizione. Merita rilievo la separazione della disciplina della pornografia con ad oggetto i bambini con meno di quattordici anni, con quella ad oggetto gli adolescenti (<14 - >18), dando rilievo così alla profonda diversità di lesività che essi incorporano. Particolarmente proficua, ai fini di un confronto produttivo di ispirazione, la scelta di indicare legislativamente quando un prodotto debba essere considerato pedopornografico, con specifico riferimento alla eterna problematica del mero nudo oggetto di rappresentazione. Determinante la posta tenuta dal minore, la quale deve essere innaturalmente (per il suo esecutore) connotata sessualmente e il cui corpo deve essere nudo o parzialmente vestito. In tema di minori di anni quattordici rileva anche la rappresentazione con ad

oggetto i meri genitali o glutei nudi, la cui riproduzione deve essere stimolante sessualmente. A riguardo la formulazione sembra guardare più allo spettatore, che all'essenza della rappresentazione in sé, dal quale si deduce un tentativo estremo di fornire una qualche tutela al mero nudo.

Gli *input* a livello sovranazionale hanno avuto eco in materia di pornografia virtuale, ove tuttavia con la formulazione *wirklichkeitsnahe* (vicino alla realtà) si ha modo di perseguire solo quelle condotte che per qualità grafica sembrano, appunto, reali. Proprio recentemente, la Cassazione italiana, invece, ha appoggiato l'orientamento interpretativo opposto, il quale prevede la rilevanza penale anche di quelle produzioni grafiche di tipo fumettistico.

Il panorama italiano è contrassegnato da un totalmente antitetico *modus operandi*. Dinnanzi al confronto con la normativa tedesca è inevitabilmente emerso il disinteressato atteggiamento “fotocopia” da parte del nostro legislatore nel recepimento degli stimoli comunitari e internazionali. Se nel versante tedesco il singolo elemento normativo culturale viene delimitato, nel suo *riempimento*, a livello legislativo, così lasciando ben poca discrezionalità interpretativa all'interprete, nel sistema italiano, al contrario, alcun criterio viene fornito, così rinviando il tutto al giudice del caso concreto, soggetto, sì, alla legge, ma ad una legge il cui contenuto, gli elementi normativi culturali, in siffatta maniera rischiano di essere incostituzionali.

ZUSAMMENFASSUNG

(Art. 11, 1- Vereinbarung über ein gemeinsames Promotionsbetreuungsverfahren zwischen dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe Universität und der Università degli studi di Cagliari, del 18.11.2015)

Diese Doktorarbeit ist das Ergebnis von einem „gemeinsamen Promotionsbetreuungsverfahren - *Cotutelle de tesis*“ zwischen der Goethe Universität (Frankfurt am Main) und der Università degli Studi di Cagliari. Die Arbeit hat das Ziel, zwei verschiedene Strafrechtssysteme zu vergleichen unter Berücksichtigung der kulturellen und normativen Tatbestandsmerkmale im sexual Delikten.

In den letzten Jahren sehen wir, wie in der Europäischen Union versucht wird, eine gemeinsame Ordnung zu erreichen: Es wurden gute Ergebnisse im transnationalen Verhältnis, als auch im Bereich des Bürgerliches Rechts, des Handels, des freien Umlaufs von Bürgern und deren Guten sowie der Schutz von Verbrauchern erzielt. Im Strafrecht ist die Situation jedoch anders. Die Europäische Union kann nur einfache Direktive erlassen und den Ländern wirksame Interventionen erteilen.

Die neuesten Ereignisse der sexuellen Belästigungen in Köln und Hamburg sollten uns über die Wirksamkeit des Strafrechts innerhalb Europas zum Nachdenken veranlassen. Welche Auswirkung hat der abstrakte Tatbestand im neuen, multiethnischen Europa?

Das zentrale Thema dieser Doktorarbeit ist: die *normative Tatbestandselemente*, mit Fokus auf die *kulturelle normative Tatbestandsmerkmale*. Die Untersuchung wird in zwei Abschnitte unterteilt: Ein allgemeine und ein besonderer Teil. Der erste und *allgemeine* Teil ist eine Analyse des Instituts der Tatbestandsmerkmale sowie die Klassifizierungen in der deutschen und italienischen Lehre und Rechtsprechung. Der zweite und hauptsächliche Teil ist die Untersuchung und Vergleichung der kulturellen normativen Tatbestandselemente in Sexualdelikten.

Im Bereich der kulturellen normativen Tatbestandselemente ist eine Einführung über die Beziehung zwischen Strafrecht und Kultur notwendig. Liegt ein Zusammenhang zwischen Strafrecht und Kultur vor? Man sagt, dass Strafrecht *lokal* ist, weil jeder Staat seine *eigene* Strafrechtordnung hat, aber die verschiedenen Kulturen innerhalb des staatlichen Gebiets spielen im Strafrecht eine wichtige Rolle. Das Strafrecht spiegelt was kulturwidrig ist wider: die Vergewaltigungen, die vorsätzlichen Schwangerschaftsabbrüche, die Gewalt gegen Tieren, der Besitz der kinderpornographischen Schriften. Ebenfalls kann die Kultur ein bedeutsamer *Auslegungsmaßstab* sein. Diese letzte, besondere Facette ist die bestimmende Eigenschaft der kulturellen, normativen Tatbestandsmerkmale.

Das erste Kapitel enthält die Untersuchung der normativen Tatbestandselemente. Der Ursprung und die Definition sind die Früchte der deutschen Lehre, wie Wolf, Beling, Meyer, Welzel, Kunert, aber die bedeutenden Schriften sind von Metzger und Engisch. Zum ersten Mal sprechen sie von *normative* und *deskriptive* Tatbestandsmerkmale. Einige Autoren denken, dass nur normative Tatbestandselemente existieren: die Begriffe des Tatbestandes erfahren eine *juristisch-methodologische Umformung* (Wolf, Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit). In entgegengesetzter Richtung meint die andere Lehre, dass die Tatbestandselemente eine ontologische Erheblichkeit haben (Welzel). Die genaue Definition der beiden Kategorien ist allerdings umstritten. Die normativen Merkmale zielen auf Gegebenheiten ab, die überhaupt nur unter logischer Voraussetzung einer Norm vorgestellt und gedacht werden können (Engisch, *Die normative Tatbestandselemente im Strafrecht*, in Festschrift für E. Metzger, 147). Beispiele: Beleidigung (§185), fremd (§242 I), Urkunde (§267 I), bedeutender Wert (§ 315cI), während Begriffe wie Mensch (§ 212 I), wegnehmen (§ 242 I), Kraftfahrzeug (§ 248 b IV), elektrische Energie (§ 248 c I), Sache (§ 303 I) unabhängig von jedem Normzusammenhang existieren und deshalb deskriptiv genannt werden dürfen (Roxin, *Strafrecht*, AT, I, 4. Auflage, 309). Die zeitgenössische Wissenschaftlern der normativen Tatbestandsmerkmale folgen grundsätzlich die Leh-

re von Englisch, aber die gewissenhafteren Meinungen lehnt die strenge Trennung zwischen normativ und deskriptiv ab. Jede normative Merkmale hat eine deskriptive Komponente und umgekehrt.

Engisch meint: *Die normativen Merkmale zielen auf Gegebenheiten ab, die überhaupt nur unter logischer Voraussetzung einer Norm vorgestellt und gedacht werden können*: die Bedeutung von *Fremdheit* kann sich nur mit dem Verweis auf den zivilrechtlichen Normen vorgestellt sein, usw. Diese Normen können jedoch nicht nur juristisch sondern auch extra-juristisch sein. Im Bereich des Strafrechts brauchen zahlreiche Elemente einen interpretativen Verweis auf ökonomische, kulturelle oder ethische Normen. Man bezieht sich auf die Begriffen *unzüchtig*, *sexuelle Handlung* oder *pornographisch*. Welches Kennzeichne soll eine unzüchtige Handlung haben? Nur ausnahmsweise enthält das Strafgesetzbuch Definitionen und die reine im Wörterbuch stehende Bedeutung ist für das Strafrecht ungenügend. Der Verweis auf kulturelle Normen um eine normative Tatbestandsmerkmal auszulegen ist strafrechtlich nicht problemlos. Die Existenz der kulturellen, normativen Tatbestandselemente ist gemäß dem Gesetzlichkeitsprinzip schwierig zu akzeptieren: die Lehre markiert die Reibung mit dem Gesetzesvorbehalt und die unvermeidbare Unbestimmtheit des Begriffes. Kaum thematisiert aber wesentlich ist die Beziehung mit der Irrtumslehre und dem Vorsatz. Puppe redet über *Wertungsirrtum*: das ist einen wichtigen Beitrag in einem *dogmatischen Labyrinth*.

Das zweite Kapitel thematisiert die Untersuchung und den Vergleich von verschiedenen kulturellen, normativen Tatbestandsmerkmale im Sexualdelikten. Der Fokus ist auf den Begriff *Unzucht*, *sexuellen Handlungen* und *Pornographie* im deutschen und italienischen Lehre und Rechtsprechung.

Italienisches Strafrecht ist bezüglich kultureller normativer Tatbestandselemente sehr interessant. Unsere *codice penale* geht auf das Jahr 1930 zurück. Es war eine ungewöhnliche Periode für die ganze Welt. Aber ist die Auslegung der zitierten Begriffe gleich wie z. B. im Jahre 1960 und 2017?

Die 4. Reform des StGB hat eine wichtige Entwicklung gekennzeichnet. Es geht um das Verlassen der Sittlichkeit als Rechtsgut und der umstrittenen Begriff *Unzucht*. Der ganze Apparat der XIII Abschnittes wird mit dem Begriff *sexuellen Handlung* und gemäß der sexuellen Selbstbestimmung neuformuliert. Die entsprechende italienische Wandel kann man nur im Jahre 2006 haben, aber mit verschiedenen Lösungen.

Die Auslegung des Begriffes Unzucht war in Italien und Deutschland im Grunde genommen ähnlich. Aber große Unterschiedlichkeiten lagen im Gesetz vor. In Italien sind die Delikten wegen unzüchtigen Handlungen nur im Jahr 2016 entkriminalisiert worden, mit Ausnahme von Handlungen beim Ort begangen, die regelmäßig von Kinder besuchen werden. Im deutschen StGB ist die Formulierung im Jahr 1973 mit dem Ausdruck *sexuelle Handlung* ersetzt, aber die Verfolgung von exhibitionistischen Handlungen tritt noch in Kraft. Die Art. 527 ff. c.p. und die §§183 und 183a StGB sind ein gutes Beispiel für die Kultur als Auslegungsmaßstab. Der italienische Gesichtspunkt ist strenger als der deutsche: die reine Nacktheit in aller Öffentlichkeit ist in Italien bis 2016 strafrechtlich verfolgbar, und heutzutage ist durch eine Verwaltungsstrafe bestraft. Im deutschen System darf man im Park ohne Kleidung die Sonne nehmen oder der Saunabereich im SPA sind überwiegend textilfrei.

Der Schlüsselpunkt des sexualen Strafrechts ist den Begriff *sexuelle Handlung*. Der italienische Gesetzgeber hat keine Definition formuliert und hat dem Gericht die Auslegung des Begriffs eingehändigt. Problematisch ist deshalb die Methode. Die konkrete Interpretation wird vom den persönlichen Meinungen des Juristen und von unbestimmten, kulturellen Regeln geprägt. Die Vergleichung mit der deutschen Ordnung hat ein bedeutsames Kriterium bekunden. Der §184h StGB enthält auch keine Definition, sondern eine interessante Auslegungsmethode. Die sexuelle Handlung *sind nur solche, die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sind*. Die enge Beziehung zwischen die Erheblichkeitsschwelle und die sexuelle

Selbstbestimmung ist der Pfeiler des ganzen deutschen, sexualen Strafrechts und soll ein Leitbild auch für die italienische Rechtsprechung sein. Das bedeutet nicht, dass das Kriterium absolut und perfekt sei, sondern, dass es eine wichtige Hilfe für die Auslegung sein kann. Ohne Zweifel ist die Bedeutung von Erheblichkeit schwankend, weil der Inhalt der sexuellen Selbstbestimmung noch mehr umstritten ist, aber im Bereich der Sexualität ist die konkrete und subjektive Verletzung nicht einordenbar.

Die Folgerichtigkeit des XIII Abschnittes hat durch die neue Reform im Jahr 2016 einen wichtigen Schlag erleiden. Durch die Verfolgung der sexuellen Belästigungen (§184i) wird das Versuch einen leistungsfähigen Maßstab zu bestimmen zunichte gemacht.

Die dritte Analyse ist auf den Begriff von Pornographie. Die beiden Strafgesetzbücher sind stark von europäischen und internationale Impulse beeinflusst, aber die entsprechenden Ergebnisse sind unterschiedlich. Die Aufmerksamkeit ist auf den pornographischen Produkten mit Minderjährigen. Der deutsche Gesetzgeber hat einen aufgeklärte Normenkomplex zusammengestellt, in dem verschiedene pornographische Schriften geregelt werden: tierpornographische, gewaltpornographische, kinderpornographische und jugendpornographische Produkten. Die Trennung nach dem Alter der Darsteller ist eine bedeutsame Wahl, die Andersartigkeit der Produkte markiert. Maßgeblich ist auch das Maßstab um den Inhalt als pornographisch zu qualifizieren. Im §184b-c ist *pornographisch* und deshalb strafrechtlich relevant ein Produkt, das ganz oder teilweise unbedeckte Kind oder Jugend in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung und sexuelle Handlungen an oder vor einen Kind/Jugend darstellt. Verfolgbar ist auch eine Schrift, wenn die wirklichkeitsnahe Geschehen wiedergibt. Nach dem §184b ist spezifische Inhalt der jugendpornographischen Schrift die Darstellung unbedeckten Genitalien oder unbedeckten Gesäße eines Kindes.

Die italienische Lehre und Rechtsprechung hat eine weite Auslegung des

Begriffes von *Pedopornografia* ergriffen. Die Interpretationsprobleme ergeben sich auch auf die Umstrittenheit des Begriffes von *atto sessuale*. Die wichtigste Frage ist die Erheblichkeit von Schriften, die reine Nacktheit zeigen. Die Meinungen sind schwankend und der Gesetzgeber hat keine überlegte Übernahme der internationalen und europäischen Dokumente verwirklicht.

Die richtige Auslegung der normativen und kulturellen Tatbestandsmerkmale im Sexualstrafrecht ist

BIBLIOGRAFIA

ADELMANN, Die Straflosigkeit des "Busengrapschens", Jura 1/2009, 24;

ALLEGRA, Il "comune" sentimento del pudore, in Iustitia 1950, 78;

AMATO, Sussiste abuso anche se la vittima reagisce e l'approccio cede su una zona non erogena, GD 1998, f. 25, 135;

AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, Diritto penale dell'impresa, 2009, Bologna, 12;

APRILE, I delitti contro la personalità individuale, Schiavitù e sfruttamento sessuale dei minori, Padova, 2006;

BACKES P., Zur Problematik der Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotssirrtum im Strafrecht, in Inaugural-Dissertation, Universität zu Köln Rechtswissenschaften Fakultät, 1981;

BALBI, v. Violenza sessuale, EG, VII, 1999;

BARTOLINO, Libertà sessuale e tutela penale, Milano, 1993;

BASILE F., Immigrazione e altri reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali, Milano, 2010;

BATTAGLINI E., Errore sul egge diversa dalla legge penale, GP, 1933, II, 1188;

BATTAGLINI, Ignorantia iuris nella inosservanza di norme disciplinanti i rapporti di lavoro, GP, 1936, III; 55 e sss;

BECK K., Die sexuelle Handlung, Tübingen, 1988;

BEISEL, Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes und ihre strafrechtlichen Grenzen, Heidelberg, 1997;

BELFIORE, Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale, Vol. 1 di Itinerari di diritto penale, Torino, 1997, 230;

BELING E., Die Lehre von Tatbestand, Tübingen, 1930;

- BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, 2006, Milano;
- BERTOLINO, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, SI, 1996;
- BETTIOL, *Il ruolo svolto dal Codice penale Rocco nella società italiana*, in *La questione criminale*, 1981;
- BIANCHI, *Pornografia virtuale*, in Manna, Papa, Canestrari, TDP, PS, 2010, Torino, 515;
- BIANCHI D'ESPINOSA, in *Valori socioculturali nella giurisprudenza*, 1970, Bari;
- BINDING, *Unzüchtige Handlungen und unzüchtige Schriften*, ZStW 2, 1882, 450;
- BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, BT, I, 1902, Leipzig;
- BLEI, JS 1957, 602;
- BORGOGNO, *Il delitto di violenza sessuale*, in Coppi (a cura di), *I reati sessuali* Torino, 2000;
- BÖSE, *Vorsatzanforderungen bei Blankettgesetzen am Beispiel des Kartellrechts*, in Puppe FS, 1353;
- BOTTKE, *Zum Rechtsgut der §§ 174 ff. StGB*, in Otto FS, 535;
- BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, in *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, Milano, 1965;
- BRICOLA F., *Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni*, in RIDPP, 1960, 764;
- BRÜGEMANN J., *Entwicklung und Wandel des Sexualstrafrecht in der Geschichte unseres StGB. Die Reform der Sexualdelikte einst und jetzt*, Baden-Baden, 2013;
- BRUNS H. J., *Gilt die Strafrechtsordnung auch für und gegen Verbrecher untereinander?* Mezger FS, München, Berlin, 1954;

BÜLTE, *Blankette und normative Tatbestandsmerkmale: zur Bedeutung von Verweisungen in Strafgesetzen*, JuS 9/2015, 769;

CADOPPI, L'assenza delle cause mette a rischio le buone intenzioni, GD, n. 9/2006, 44;

CADOPPI, La violenza sessuale alla ricerca della tassatività perduta, DPP 11/2016, 1469;

CANALE, La normativa vigente in tema di delitti sessuali: aspetti medico-legali e prospettive medico-giuridiche, in Canepa-Lagazzi (a cura di), *I delitti sessuali*, 1988, Padova, 59;

CLASS, *Grenz des Tatbestandes*, 1933;

COCCO, Il concetto di pornografia minorile e i principi del diritto penale liberale, RCP 2010, 2073;

COCCO, La lotta senza esclusione di colpi contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile. Le questioni dell'error aetatis e del concetto di pornografia minorile, in RCP 2013, 1811;

COCCO, L'errore sul fatto, in Ronco (diretto da) in *Commentario sistematico al codice penale*, II/1, 2011, Bologna, 685 e ss.;

COCCO, Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile? RIDPP 2006, 863;

COLLI, La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all'epilogo di un travagliato cammino, RIDPP 1997, 4, 1173;

CONTENTO, *Corso di diritto penale*, I, Bari, 1996;

CONTIERI, La differenza tra il delitto di atti osceni e la contravvenzione di atti contrari alla pubblica decenza, in ADPP, 1936, 954;

DAMINI, Sulla nozione di atti sessuali ex art. 609-bis c.p., nuova legge, vecchia giurisprudenza? IP 1998, 203;

DANNECKER, Die Dynamik des materiellen Strafrechts unter dem Einfluss europäischer und internationaler Entwicklungen, ZStW 117 (2005), 4, 697;

DE VERO, L'errore sul fatto costitutivo di reato, SI 1999, 508;

DEL CORSO, L. 15.02.1996, n. 66 – Norme contro la violenza sessuale, LP 1996, 3-4, 429;

DELITALA G., Il fatto nella teoria generale del reato, Padova, 1933;

DELSIGNORE, I reati di pornografia minorile quale banco di prova per la laicità e il necessario orientamento ai valori del diritto penale, in Balbi, Esposito, in *Laicità e valori penali*, 2011, Torino, 29 e ss;

DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offence" di Joel Feinberg, RIDPP 2008, p. 1546 e ss;

DOPSLAFF U., Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in descriptive und normative Tatbestandsmerkmale, GA 1987, 1;

DUTTGE, HÖRNLE, RENZIKOWSKI, Das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, NJW 2004, 1065;

EICHMAN F., Der Vorsatz bei normativen Tatbestandsmerkmalen, Breslau, 1929;

EISELE, FRANOSCH, Posing und der Begriff der Kinderpornografie in § 184b StGB nach dem 49. Strafrechtsänderungsgesetz, ZIS 8/2016, 519 e ss;

ENGISCH K., Die normative Tatbestandselemente im Strafrecht, in Mezger FS, Berlin-München, 1954, 127;

ENGISCH, Tatbestandsirrtum und verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 1958, 566;

ESER, Die Sexualität in der Strafrechtsreform, JurA 1970, 218;

FARINA, Il reato di atti osceni in luogo pubblico: tensioni interpretative e prospettive personalistiche nella tutela del pudore, in DPP 2005, 866;

FERRANTE, Alcune osservazioni sul pudore e l'oscenità, GM, 1973, II, 72;

FIANDACA G., v. Fatto nel diritto penale, in Dpen, V, Torino, 1991, 152 ss;

- FIANDACA G., La rilevanza penale del “bacio” tra anatomia e cultura, in FI, 1998, II, 505;
- FIANDACA G., Problematica dell’osceno e tutela del buon costume, Padova, 1984;
- FIANDACA, Relazione di sintesi, in Cadoppi (a cura di), in La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della l. n. 66 del 1996. Profili giuridici e criminologici, Padova, 2001, 237.
- FIANDACA, v. Violenza sessuale, EDagg, Vol. IV, 2000, 1153;
- FISCHER, Noch einmal: §177 StGB und die Instambul-Konvention. Entgegnung auf Hörnle, ZIS 2015, 206, ZIS 6/2015, 312;
- FISCHER, Sexuelle Selbstbestimmung in schutzloser Lage. Zum Anwendungsbereich von § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB, ZStW 112 (2000), 75;
- GÖSSEL, Über Normativismus und Handlungslehre im Lehrbuch von Claus Roxin zum Allgemeinen Teil des Strafrechts, GA 2006, 279;
- GRISPIGNI, Offese al pudore e all'onore sessuale, NDI, IX, Torino, 1939, 26.
- GROSSO, L'errore sulle scriminanti, Milano, 1961;
- GROSSO, Successione di norme integratrici di legge penale e successione di leggi penali, RIDPP, 1960, 12;
- GRÜNHUT, Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht, Tübingen, 1926;
- GRÜNHUT, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, in Festgabe für Reinhard Frank, Bd. 1, Tübingen, 1930;
- GUARNERI, Morale e diritto, in GP, 1946, I, 332;
- HAAS, Methodologische, rechtstheoretische und materiell-rechtliche Anmerkungen zum normativen bzw. Unbestimmten Rechtsbegriff, in Puppe FS, Berlin, 2011, 93;
- HARDTUNG, Die guten Sitten am Bundesgerichtshof, Jura 2005, 401.

HASSEMER, Vielfalt und Wandel , in Höffe, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch, FFM, 1999;

HAUSTEIN, Europarechtliche Bezüge des Kinder- und -jugendpornographiestrafrechts. Zum unionsrechtlichen Hintergrund aktueller Auslegungsfragen der §§ 184b, c StGB, ZIS 7-8 2014, 348;

HILGENDORF, Neue Medien und Strafrecht, ZStW 113 (2001), 4, 675;

HILGENDORF, Strafrecht und Interkulturalität, JZ 3/2009, 139;

HOFMANN, Die normativen Elemente des besonderen und allgemeinen Tatbestandes im Strafrecht, Breslau, 1930;

HOPF/BRAML, Virtuelle Kinderpornographie vor dem Hintergrund des Online-Spiels Second Life, ZUM 2007, 354;

HÖRNLE T., Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung, NStZ 2017, 13.

HÖRNLE, Die Umsetzung des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie, NJW 2008, 3521;

HÖRNLE T., Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schütz von Moral, Gefühlen und Tabus, FFM, 2005;

HÖRNLE, Strafzumessungspraxis und angemessene Strafzumessung bei exhibitionistischen Handlungen, MschrKrim, 01, 212;

HÖRNLE, Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte, ZIS 2015, 206;

HURTADO-POZO, Schuld, individuelle Strafzumessung und kulturelle Faktoren, in Strafrecht und wirtschaftsstrafrecht, in Tiedmann FS, Köln-München, 2008;

JÄGER, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung, Stuttgart, 1957;

KARLG, Begründung Probleme des Dopingstrafrechts, NStZ 2007, 489;

- KINDERHÄUSER, Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale, Jura 1984, 465;
- KETT-STRAUB, Ist „Flitzen“ ein über Fußballfeld strafbar? JZ 2006, 189;
- KINDHÄUSER U., Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale, JA 1984, 465;
- KUHLI M., Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrechtlichen Rechtsanwendung: institutionelle, rechtsverweisende und dichte Elemente im Strafrecht, FFM, 2015;
- KUNERT K. H., Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, Berlin, 1958;
- KURZ, OWiG § 119 Grob anstößige und belästigende Handlungen, Karlsruher Kommentar zum OWiG, 4. Ed., 2014;
- LATAGLIATA, voce Atti Osceni, ED, Vol. VI, Milano, 1959, 50;
- LENCKNER, nota alla BGH 2.06.1982, 2 StR 669/81, in JR 1983, 160;
- LENCKNER, Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz, „nullum crimen sine lege“, JuS 1968, p. 249;
- LENER, Il concetto di osceno nella legge penale, Arch. Pen., 1950, I, 415;
- LOGUERCIO, L'osceno nell'opera d'arte come reato, RP 1933, p. 469;
- LUNARDI-DEL VECCHIO, Nuove norme sulla violenza sessuale, FD, 1996, p. 391;
- MAIHOFER, Die Natur der Sache, ARSP, 44, 1958, p. 145;
- MANNA, Il minore autore e vittima di reato: la situazione italiana e le indicazioni europee, Diritto di famiglia 2012, p. 1251 e ss;
- MANNA, Profili problematici della nuova legge in materia di pedofilia, IP 1999;
- MANNA-RESTA, I delitti di pedopornografia, alla luce della legge 38/2006, una tutela virtuale, Diritto dell'internet, 2006, 221 e ss.

- MARINI, Delitti contro la persona, Torino, 1996;
- MARINUCCI, v. Consuetudine (diritto penale), in ED, Vol. IX, 1961, 506;
- MARX M., Zum Begriff „Öffentlichkeit“ in §183 StGB, JZ 1972, 112;
- MAYER M. E., Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Heidelberg, 1915;
- MAYER M. E., Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903, Breslau;
- Mazzanti, La giurisprudenza sugli atti osceni, tra tensioni interpretative ed esigenze di riforma, in CP 2008, p. 2012;
- MAZZANTI, L'osceno e il diritto penale, Milano, 1962;
- MAZZANTI, v. Osceno, NNDI, XII, 1965, 241;
- MERZAGORA, Relativismo culturale e percezione sociale in materia di comportamenti sessuali devianti, in Cadoppi (a cura di), Commentario delle norme contro la violenza sessuale, Padova, 1996, 343;
- MEZGER E., Strafrecht, 3 ed., Berlin-München, 1949;
- MEZGER E., Von Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, in Festschrift für L. Traeger, Berlin, 1926;
- MEZGER/BLEI, Strafrecht AT, 15 ed., München, 1973;
- MITSCH, Fehlvorstellungen über das Alter der Darsteller bei Kinder- und Jugendpornographie, §§ 184b, c StGB, ZStW 124 (2012), 323;
- MORGANTE, L'illiceità speciale nella teoria generale del reato, Torino, 2002;
- MUSCO, Comune sentimento del pudore e art. 25 Cost., in RIDPP 1970, 1239;
- NAPPI, Commento alle nuove norme contro la violenza sessuale, GG 1996, f, 3;
- NEUMANN, Regel und Sachverhalt in der strafrechtlichen Irrtumsdogmatik, FS Puppe, 2011, 171;

NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, Padova, 1971;

ONDEI, *Considerazioni circa l'errore su norma diversa dalla legge penale*, RIDPP 1943, 29 e ss.;

PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960;

PAGLIARO, v. *Legge penale nel tempo*, in EG, XXIII, 1070;

PALAZZO F.C., *Il principio di determinatezza*, 1979, Cedam;

PALAZZO, v. *Legge penale*, Dpen VIII, 1993, 338;

PALAZZO F. C., *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, 1974;

PALUMBIERI, *Introduzione e violenza sessuale*, in Cadoppi, Canestrari, Papa (diretto da), *I reati contro la persona. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, III, Milano, 2011;

PANNAIN, *Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*, Torino, 1952;

PAPATHANASIOU, *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale: eine Verortung der subjektiven Zurechnung innerhalb der verfassungsrechtlichen Koordinaten des Bestimmtheitsgrundsatzes und der Schuldprinzip*, Berlin, 2014;

PECORARO ALBANI, *Violenza sessuale ed arbitrio del legislatore*, Napoli, 1997;

PICOTTI, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia in internet (L. 6.02.2006, n. 38) (Parte prima)*, in *Studium Iuris* 2007, n. 10;

PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini*, in *Scritti Stella*, 2007, 1300;

PICOTTI, *Profili generali di diritto penale sostanziale*, in Cadoppi, *Violenza*, 19;

PISAPIA, v. *Attentato alla morale familiare col mezzo della stampa*, in *NNDI – Appendice V. I*, 1982, 577;

- PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976;
- PUPPE, *Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtion*, GA 1990, 145;
- PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, Göttingen, 2008;
- RAMACCI, *Riflessione sull'interpretazione degli artt. 527 e 528 cod. pen.*, Arch. Pen. 1969, 381;
- RENZIKOWSKY, *Nein! Das neue Sexualstrafrecht*, NJW 2016, 3533;
- RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6/7 ed., 1926;
- RISICATO L., *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano, 2004;
- RÖDER, *Nach der letzten Änderung des §184b StGB: ist das -verbreiten sog. "Posing". Fotos weiterhin straflos?*, NStZ 2010, 113;
- ROMANO B., *La tutela penale della sfera sessuale. Indagine alla luce delle recenti riforme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 2000, 61;
- ROMANO M., *Repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1974;
- RONCO, *Il principio di tipicità*, 177.
- ROXIN, *Tiedmann FS*, 2008, 375, 382 e ss;
- RUGGIERO G., *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Napoli, 1965;
- SABATINI, voce *Decenza pubblica (Offesa alla)*, in *NNDI*, V, Torino, 1968, 253.
- SALTELLI C., *L'errore su legge diversa dalla legge penale*, in *GP*, 1945-46, II, 321;
- SANDER, *Ist eine Strafbarkeit exhibitionistischer Handlungen gerechtfertigt?* ZRP 1997, 11, 447;
- SAX, *Die Frage der Kuppelei bei Geschlechtsverkehr unter Verlobten*, JZ 1954, 474;

SCHAFFSTEIN, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, OLG Celle-FS, 1961, 175, 196;

SCHLÜCHTER E., Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Tübingen, 1983;

SCHLÜCHTER, Zur "Minimum" bei der Auslegung normativer Merkmale im Strafrecht, NStZ 1984, 300;

SCHMIDTHÄUSER, Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie, in Gedächtnisschrift für W. Martens, Berlin-New York, 1987, 231;

SCHRÖDER F. C., Der Irrtumsrechtsprechung des BGH, ZStW 65 (1953), 178;

SCHROEDER F. C., Gesetzetechnische Mängel im Gesetz zur Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und Kinderpornographie, GA 2009, 213;

SCHROEDER: Das 27. Strafrechtsänderungsgesetz – Kinderpornographie, NJW 1993, 2581;

SCHUMANN, Verbreitungsverbot für Nabokovs „Lolita“? Anmerkungen zu BGH, Urt. v. 11.2.2014 – 1 StR 485/13 und § 184b StGB n.F., ZIS 4/2015, 234;

SCHUMANN H., Zum strafrechtlichen und rundfunkrechtlichen Begriff der Pornographie, in FS Lenckner, München, 1998, 565;

SCHÜNEMANN, Spirale oder Spiegelei? Vom hermeneutischem zum sprachanalytischen Modell der Rechtsanwendung, in FS Hassemer, Heidelberg, 2010, 239;

SICK, Zweierlei Recht für zweierlei Geschlecht. Wertungswidersprüche im Geschlechterverhältnis am Beispiel des Sexualstrafrechts, ZStW 103 (1991), 1, 43;

SILVA C., Elementi normativi e sindacato del giudice penale, Assago, 2014;

SOTIS, Diritto penale della rete e prospettiva europea: il caso della pedopornografia virtuale, in DII, 2011, 568;

- STERNBERG-LIEBEN D. e I, Der Tatbestandsirrtum (§16 I 1 StGB), JuS, 4/2012, 289;
- STURM, Das vierte Gesetz zur Reform des Strafrechts, JZ 1974, 1;
- TABARELLI DE FATIS, Molestie sessuali e l. 66/96, in Cadoppi (a cura di), La violenza sessuale a cinque anni dalla entrata in vigore della l. n. 66 del 1996. Profili giuridici e criminologici, 2001, Padova 141 e ss.;
- VALERIUS B., Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik, Berlin, 2011;
- VALLINI, Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale, Torino, 2003;
- VALSECCHI, Delitti contro l'inviolabilità e la libertà sessuali: prostituzione e pornografia minorile, violenza sessuale, in Viganò, Piergallini, Reati contro la persona, 2015, p. 307;
- VALSECCHI, Pedopornografia virtuale: la prima applicazione giurisprudenziale dell'art. 600-quater¹ c.p., CM 2010, 721;
- VENDITTI, La tutela penale del buon costume e della pubblica decenza, Milano, 1963;
- VESSICHELLI, Con l'aumento del minimo edittale a cinque anni ora più difficile la strada per il patteggiamento, GD 1996, f. 9, 21;
- VIZZARDI, Bacio sulle labbra e diritto penale, in CP 2008, 293;
- VOGEL: Zur Bedeutung des Rechtsguts für das Gebot strafgesetzlicher Bestimmtheit, ZStW 2016, 128;
- WALTER, Der Kern des Strafrechts: die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum, Tübingen, 2006;
- WEIGEND, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen – Verlust an nationaler Strafrechtskultur?, ZStW 105 (1993), 4, 774;
- WELZEL, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Berlin-New York, 1975;

WELZEL, Das deutsche Strafrecht, 11 ed., Berlin, 1969;

WELZEL, Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, Berlin, 1958;

WOLF E., Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit, Breslau, 1931;

WÜRTEMBERGER T, Kriminologie und Auslegung §183 des StGB, JZ 1970, 342;

ZAZA, Atti osceni e contrari alla pubblica decenza, EG Treccani, XXV, 1991;

ZITELMANN, Die Kunst der Gesetzgebung: auf Grund eines am 23. Januar 1904 in der Gehe-Stiftung zu Dresden gehaltenen Vortrags, Dresden, 1904.